案例评析系列

中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第一卷

赵秉志/主　编　左坚卫/副主编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

中国疑难刑事名案法理研究 第一卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

- 张金柱交通肇事案
- 杨文康非法经营同类营业案
- 中国股市第一刑案“中科创业”案
- 郏杨斌侵犯商业秘密案
- 孙大午非法吸收公众存款案
- 林朝晖合同诈骗案
- 徐建平杀妻分尸案
- 邱兴华故意杀人、抢劫案
- 乔燕琴等人故意伤害孙志刚致死案

典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，能够从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。本书精选典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。数位作者从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，又有学术价值。并且在案例研究之后，尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

ISBN 978-7-301-13195-4

9 787301 131954 >

定价:49.00元

京师刑事法文库 ㉒

中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第一卷

主　编／赵秉志

副主编／左坚卫

编辑部／杜　邈　孔　静　刘媛媛

本卷撰稿人（以撰写顺序为序）：

李　翔　张雪莉　杨昕宇　姜伟华

刘媛媛　吴　茵　胡海青　杜　邈

胡乩尘　付钦斌　孔　静　袁宏山

北京大学出版社

PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目（CIP）数据

中国疑难刑事名案法理研究．第一卷/赵秉志主编．—北京：北京大学出版社，2008.1

（案例评析系列）

ISBN 978-7-301-13195-4

Ⅰ．中…　Ⅱ．赵…　Ⅲ．刑事犯罪—案例—分析—中国　Ⅳ．D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2007）第 187118 号

书　　名：中国疑难刑事名案法理研究（第一卷）
著作责任者：赵秉志　主编
责 任 编 辑：马　玲
装 帧 设 计：TOMA唐玛
标 准 书 号：ISBN 978-7-301-13195-4/D・1933
出 版 发 行：北京大学出版社
地　　址：北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　址：http：//www.pup.cn
电　　话：邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62117788
　　　　　出版部 62754962
电 子 邮 箱：law@pup.pku.edu.cn
印　刷　者：北京大学印刷厂
经　销　者：新华书店
　　　　　730 毫米×980 毫米　16 开本　27.25 印张　494 千字
　　　　　2008 年 1 月第 1 版　2008 年 1 月第 1 次印刷
定　　价：49.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024　电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

赵秉志

河南南阳人，新中国首届刑法学博士，美国杜克大学法学院访问学者。现任北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师。兼任中国法学会刑法学研究会会长、国际刑法学协会中国分会副主席、国务院学位委员会学科评议组法学组成员、最高人民法院特邀咨询员等多种全国性学术职务。出版个人专著和论文集《犯罪主体论》(1989)、《刑法研究系列》(五卷本，1996—1997)、《刑法基本理论专题研究》(2003)等十五部；主编《刑法争议问题研究》(1996)、《海峡两岸刑法总论问题研究》(1999)、《当代刑法理论探索》(四卷本，2003)等专业著作近百部；主编刑法教材十余部。在国内外报刊上发表论文四百余篇。主持或参与主持国内外科研项目三十余项。论著和个人曾三十余次获得国家级、部委级或院校级奖励。主要研究领域为中国刑法、中国区际刑法、国际刑法。

左坚卫

湖南双峰人，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士、硕士生导师。出版个人专著《缓刑制度比较研究》，与他人合著或主编《警察执法与人权保障》、《危害公共卫生和环境资源犯罪司法适用》、《危害公共安全犯罪疑难问题司法对策》等，在国内外报刊上发表论文四十余篇。

高山仰止，景行行止。虽不能至，然心向往之。

——《史记·孔子世家》

恭贺高铭暄教授、王作富教授80华诞暨联袂执教55周年

欣逢北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长暨特聘教授高铭暄先生和特聘教授王作富先生 80 华诞暨联袂执教 55 周年之际，北京师范大学刑事法律科学研究院全体师生暨两位先生的弟子特此致贺。

序　言

现代刑事法治是由一系列刑事法律事件所组成的鲜活、生动的画卷。在这幅画卷中，刑事案例构成其最跌宕起伏的部分。典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，更是从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。因而选择典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。

案例研究是一种理论与实际相结合的研究形式。早在20世纪80年代初期和中期，我于中国人民大学刑法专业攻读硕士学位和博士学位期间，我的两位恩师、新中国培养的第一代著名刑法学家高铭暄教授和王作富教授，即通过他们的言传身教、著书立说和实践活动，给了我刑法学研究应当坚持理论联系实际的学术方向与方法的深刻影响。因而在读研究生期间和博士生毕业留校任教后，在专业学习与学术研究中，我注意并且逐渐形成了理论联系实际、关注国内外重大现实刑事法治问题的研究风格和特点，其中就包括了对典型疑难案例的关注和研析。在新中国第一部刑法典施行十载之年即1990年，我还曾经萌发念头，打算编著一本对刑法典施行后十年间的典型、疑难名案予以研究的著作。为此收集、整理了大量案例资料，甚至还构思了书名与案例研究的体例、特色。随后，此项目因我工作繁忙且准备出国留学而被束之高阁，但此念头一直没有打消。后来，我在整理出版个人五卷本文集的过程中，又对刑法学研究中的理论联系实际问题进行了较为深入的思考和归纳，认为其有丰富而合理的内涵，值得努力挖掘和大力弘扬。[①]其中当然也包含对案例研究的重视。1994年底，我主持承担了美国福特基金会资助中国人民大学法学院的项目——“高级司法官培训教材”之一，内容为以案例研析形式阐述刑法理论与实务问题。我组织了一批志同道合的中青年

---

① 参见赵秉志：《刑法总论问题研究》（“刑法学研究系列”之一）“序言”，中国法制出版社1996年版。

学者，历经近 6 年的不懈努力，编著出版了九卷本、近 300 万字的《中国刑法案例与学理研究》。这部系统研析中国刑法理论与实务的案例研究著作于 2001 年 4 月由法律出版社出版发行后，受到法学界尤其是司法实务界的广泛好评与欢迎，一印再印，于 2004 年 9 月修订再版后又予以重印。这可以说是法律界、法学界对案例研究形式的肯定。

以上关于案例研究的思考和学术活动，尽管也组织了诸位研究生参与案例研究的项目，但尚未将案例研究作为研究生的学位论文来考虑。在近年来我指导、培养研究生的过程中，主要是基于下述几点原因，我开始尝试着引导研究生将典型疑难案件的研究作为硕士学位论文的形式来考虑：其一，倡导青年学者理论联系实际的学风。理论联系实际可以有多种表现形式，而案例研究无疑是最为典型、最有特色的形式。其二，促进青年学者关注现实法治问题。现实法治问题也可以表现在许多方面，而典型、疑难的名案要案肯定是现实法治问题最直接、最丰富、最生动的反映。其三，避免硕士学位论文选题的重复与内容的空泛。由于近年来硕士研究生培养数量的急剧大量增加，硕士论文选题重复和内容类似的现象也日趋严重，从而使本应富有学术价值的硕士学位论文质量日益下降，研究生每每为避免重复而伤透脑筋。而选择典型、疑难案件之研究作为硕士学位论文，其法理问题因案而异，就在相当程度上解决了硕士学位论文选题重复与内容空泛的困扰。此外，一件典型疑难案件所涉及的主要法理问题毕竟是有限的数个，以一篇硕士学位论文 3～5 万字左右的篇幅予以研究，也大体可以研究得较为细致、深入，并可以保证和检验出硕士学位论文的质量。因而可以说硕士论文也是研究疑难案件较为适宜的形式。

经过几届指导法学硕士和法律硕士以案例研究为硕士学位论文的实践和答辩经验，这种案例研究形式的硕士论文得到了充分的肯定，我和我所指导的研究生们也积累了一些案例研究形式的硕士论文成果。我最初就已经构思创建以硕士学位论文为主体的案例研究系列著作，现将之定名为《中国疑难刑事名案法理研究》，并将首批成果分类编成三卷交付出版。收入本书三卷的共计 25 个案例，除一篇为我与左坚卫副教授合写、我作为辩护律师办理的一个案件之研究，以及一篇为刘志伟教授指导的法律硕士论文外，其余 23 篇均为本人指导并于近两年通过学位论文答辩的法学硕士论文和法律硕士论文。这些案件有大半为全国关注的名案要案，其余也在相当范围内为社会或法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。案例研究的作者们从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，

又有学术价值。案例研究之后，还尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

学术研究是薪火相传的事业。学术研究的方向、道路和方法也是学术事业的重要组成部分。我国老一辈刑法学家所倡导的理论联系实际、不尚空谈学风促进了我国刑法学事业的健康发展，也培养了我们这代中青年刑法学人。基于繁荣发展刑法学事业的使命感和承前启后、培养刑法学青年学者的教师职责，我们应当在论述理论、传授知识的同时，也十分注重对我国刑法学研究中理论联系实际、关注现实法治问题的坚持、维护和弘扬。本书也是我和一批青年同仁在此方面的探索。我们的研究难免有种种不足乃至谬误之处，但我们坚信此一学术方向与方法是正确的。

本书的完成有赖于全体作者的通力合作。作者左坚卫、杜邈、熊正、孔静、李翔、刘媛媛6位青年同仁分别作为三卷书的副主编或者编辑部成员，协助我做了书稿的编务工作，谨向他们致谢！全书由我统改定稿。书中不当之处，应由我和具体的作者负责。最后，衷心感谢北京大学出版社蒋浩先生及编辑同仁对本书编辑出版的鼎力支持。

赵秉志

2007年11月于北京师范大学

刑事法律科学研究院

目　录

（一）危害公共安全犯罪

张金柱交通肇事案法理研究

一、选案理由 …… 3
二、基本案情 …… 4
三、裁判要旨 …… 4
四、引发的理论问题 …… 4
五、本案交通肇事逃逸问题分析 …… 5
六、本案死刑适用问题研究 …… 20
七、本案所涉及的司法独立和舆论监督问题探讨 …… 28
八、结语 …… 36
附录一：河南省郑州市中级人民法院刑事附带民事判决书 …… 38
附录二：河南省高级人民法院刑事裁定书 …… 41

（二）破坏经济秩序犯罪

杨文康非法经营同类营业案法理研究

一、选案理由 …… 45
二、基本案情 …… 46
三、裁判要旨 …… 46
四、引发的理论问题 …… 46
五、关于非法经营同类营业罪主体的认定 …… 47
六、对“非法经营同类营业”的理解 …… 55

七、非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪的异同 …… 61
八、关于完善非法经营同类营业罪的思考 …… 64
九、结语 …… 69
附录一：重庆市沙坪坝区人民法院刑事判决书 …… 71
附录二：重庆市第一中级人民法院刑事裁定书 …… 74

中国股市第一刑案“中科创业”案法理研究

一、选案理由 …… 78
二、基本案情 …… 79
三、裁判要旨 …… 80
四、引发的理论问题 …… 80
五、操纵证券交易价格行为的法律界定 …… 81
六、本案中犯罪客观方面存在的问题 …… 89
七、本案中的单位犯罪问题 …… 99
八、本案中主观故意的证明问题 …… 103
九、本案中的此罪与彼罪问题 …… 105
十、本案中涉及的共同犯罪问题 …… 111
十一、结语 …… 114
附录一：北京市第二中级人民法院刑事判决书 …… 115
附录二：北京市高级人民法院刑事裁定书 …… 131

郑杨斌侵犯商业秘密案法理研究

一、选案理由 …… 143
二、基本案情 …… 144
三、裁判要旨 …… 144
四、引发的理论问题 …… 145
五、商业秘密的认定 …… 146
六、损害结果的认定及其对定罪量刑的意义 …… 164
七、结语 …… 174
附录一：浙江省玉环县人民法院刑事判决书 …… 176
附录二：浙江省台州市中级人民法院刑事判决书 …… 185

孙大午非法吸收公众存款案法理研究

一、选案理由 …… 192
二、基本案情 …… 193
三、裁判要旨 …… 194
四、引发的理论问题 …… 194
五、非法吸收公众存款罪中“公众”的认定 …… 196
六、非法吸收公众存款的成立是否需要特定目的 …… 202
七、对非法吸收公众存款罪中“扰乱金融秩序”的理解 …… 207
八、对非法吸收公众存款罪的总体思考 …… 210
九、结语 …… 220
附录：河北省徐水县人民法院刑事判决书 …… 222

林朝晖合同诈骗案法理研究

一、选案理由 …… 227
二、基本案情 …… 227
三、裁判要旨 …… 229
四、引发的理论问题 …… 229
五、合同诈骗罪与合同纠纷、合同欺诈的区别 …… 230
六、合同诈骗罪中“非法占有目的”的理解与认定 …… 238
七、本案中与单位合同诈骗罪相关的几个问题 …… 242
八、本案涉及的程序问题 …… 251
九、结语 …… 252
附录：福建省龙岩市中级人民法院刑事判决书 …… 253

（三）侵犯人身权利犯罪

徐建平杀妻分尸案法理研究

一、选案理由 …… 261
二、基本案情 …… 262
三、裁判要旨 …… 264
四、引发的理论问题 …… 264
五、刑法面前人人平等原则的理解与适用 …… 265
六、疑罪的处理——本案系故意杀人还是故意伤害致死 …… 272

七、量刑情节竞合时的处理 …… 280
八、结语 …… 288
附录一：浙江省绍兴市中级人民法院刑事附带民事判决书 …… 291
附录二：浙江省高级人民法院刑事裁定书 …… 295

邱兴华故意杀人、抢劫案法理研究

一、选案理由 …… 298
二、基本案情 …… 299
三、裁判要旨 …… 300
四、引发的理论问题 …… 300
五、精神障碍与刑事责任能力关系的相关问题 …… 302
六、司法精神障碍鉴定制度的相关问题 …… 322
七、结语 …… 338
附录：陕西省安康市中级人民法院刑事判决书 …… 339

乔燕琴等人故意伤害孙志刚致死案法理研究

一、选案理由 …… 350
二、基本案情 …… 351
三、裁判要旨 …… 352
四、引发的理论问题 …… 353
五、故意伤害致死的因果关系认定 …… 354
六、胁从犯中“胁迫”之研究 …… 367
七、对酌定量刑情节的若干思考 …… 378
八、弱势群体的刑法保护 …… 387
九、结语 …… 399
附录一：广州市中级人民法院刑事判决书 …… 400
附录二：广东省高级人民法院刑事裁定书 …… 415

（一）危害公共安全犯罪

张金柱交通肇事案法理研究

目 次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、本案交通肇事逃逸问题分析
六、本案死刑适用问题研究
七、本案所涉及的司法独立和舆论监督问题探讨
八、结语
附录一：河南省郑州市中级人民法院刑事附带民事判决书
附录二：河南省高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

道路交通事故已经成为人类的主要杀手之一。伴随着日益繁忙的我国交通运输业而来的，是日趋严重的交通事故。交通肇事后逃逸的恶劣行径也与日俱增，引起社会强烈公愤。公众要求严惩交通肇事后逃逸者的呼声高涨。轰动全国的郑州市警察张金柱交通肇事案件，就是在这样的时代背景下发生的一起有代表性的交通肇事逃逸案件。由于张金柱的警察特殊身份，在本案中又存在交通肇事致人死亡且肇事后逃逸致人重伤的严重情节，加之舆论的高度关注[①]，该案在当时引

① 当时媒体对该案的报道十分频繁而广泛。从案发第二天，即1997年8月25日，一直到9月5日，河南《大河报》每日刊登追踪报道，《郑州晚报》、郑州电视台进行了大量的报道，新华社关于张金柱案的电讯发出后，全国大多数日报、晚报都登载了本案的消息。张金柱被逮捕后一个多月没有动静，10月13日中央电视台的焦点访谈节目播出"8·24"事件，引起中央、国务院的重视，中纪委、公安部派出调查组赴郑州，进行调查。参见唐卿：《从张金柱被判死刑谈舆论监督》，载《学术论坛》1999年增刊。

起全社会甚至高层领导的强烈关注。而法院最终对其判处死刑的结果，又刷新了新中国成立以来对交通肇事案刑法制裁的最高纪录。因此，无论是从该案在当时被社会关注的程度上看，还是从案情性质和判决结果来看，都属于名副其实的疑难刑事名案。

二、基本案情

被告人张金柱，男，50 岁，1947 年 6 月 26 日出生于河南省荥阳市，汉族，大专毕业，原系郑州市公安局民警，住郑州市二七区民主路 69 号楼附 22 号。1997 年 8 月 24 日晚，被告人张金柱驾驶一辆车牌号为豫 A54010 白色佳美轿车到郑州市天伦大酒店参加宴请。当晚 9 时 30 分，张金柱酒后驾车沿郑州市金水路北侧由西向东违章行驶。当车行至金水路与经一路交叉口处，在路的北侧撞上骑自行车正常过路的苏东海及其子苏磊。苏磊被撞腾空后，碰撞到汽车前挡风玻璃和上端铁框处，尔后摔落在地。与此同时，该车撞击苏东海后，将苏东海连同苏磊的自行车卡在该车的左底部。张金柱置群众呼喊并伸手示意停车于不顾，仍驾车拖拉着苏东海及自行车沿金水路向东拐入东明路，又向南仓惶逃逸，直至省石油公司电院加油站附近，被追赶车辆堵截后方被迫停车。至此，张金柱驾车拖拉苏东海达 1 500 米。被害人苏磊被过往群众送往河南省人民医院，因抢救无效于次日死亡。被害人苏东海因撞击、拖拉致头部、躯干及四肢损伤，损伤程度已构成重伤。

三、裁判要旨

被告人张金柱酒后违章驾车，致一人死亡，为逃避罪责，又不顾另一被害人死活，在汽车拖卡着被害人的情况下，继续行驶 1 500 米，直至在众多车辆追撵、堵截的情况下，才被迫停车。可见其主观上是明知的，意识是清楚的。其行为分别构成故意伤害罪和交通肇事罪，且手段特别残忍，社会影响极坏，应依法从重处罚。

四、引发的理论问题

（一）交通肇事后逃逸致人重伤行为的定性

控方和审方认为张金柱的该行为已经构成了故意伤害罪，而辩方则认为被告人不存在伤害的故意并且据以定案的证据不足，被告人的故意伤害罪不能成立。对张金柱交通肇事后逃逸致人重伤行为如何定性，成为正确处理本案的关键问题之一。

（二）死刑的正确适用

对张金柱是否能够适用死刑，审方认为张金柱犯罪手段特别残忍，社会影响极坏，不杀不足以平民愤，依法判处其死刑，而辩方则认为即使被告人的行为构成了故意伤害罪，但由于其犯罪行为并没有造成被害人严重残疾，也不能判处被告人死刑。死刑的正确适用，成为正确处理本案的关键之二。

（三）如何正确看待民愤对法院审理案件的影响

媒体和舆论极度关注了本案的审理，在审判机关的判决书中，出现了“不杀不足以平民愤”的用词，张金柱在不同的场合多次表达了舆论妨碍了公正审判，自己是死在记者手里的看法。该案审结以后，也引发了学界关于重新审视司法独立和舆论监督二者关系的大讨论。

五、本案交通肇事逃逸问题分析

本案中对于张金柱交通肇事致苏磊死亡的行为，认定为构成交通肇事罪，控辩审三方都没有任何争议，但对于张金柱交通肇事后逃逸拖带苏东海致重伤的行为的认定存在着严重的分歧。笔者想就交通肇事逃逸行为从以下几个方面展开相关法律分析。

（一）交通肇事逃逸的含义

所谓肇事，即引起事故。[①] 所谓交通肇事罪是指行为人违反道路交通管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者公私财产遭到重大损失的行为。交通肇事罪是司法实践中经常发生的犯罪，而交通肇事后逃逸的认定更是司法实践的难点问题之一。交通肇事逃逸行为，顾名思义，就是在交通肇事后进行逃逸的行为。有学者将其定义为：违反交通运输管理法规，因而发生交通事故后，对于受害人或受毁损的财物未作必要的抢救或处理或未按规定向公安机关报告，擅自逃离现场，使交通事故引起的民事、行政、刑事责任无法确定和追究的行为。[②] 在最高人民法院没有颁布司法解释之前，如何认定交通肇事逃逸并无统一标准，认定交通肇事逃逸的标准只有公安机关于 1996 年颁布的对交通肇事（逃逸）的相关规定：驾车逃离现场或者弃车逃离现场的行为。按照这种规定来认定交通肇事逃逸，其优点是直观、简单，但是，我国刑法关于犯罪构成的罪过形式是要求

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 1996 年版，第 1593 页。

② 参见周雪艳：《交通肇事逃逸行为研究》，载于志刚主编《刑法问题与争鸣》（第七辑），中国方正出版社 2003 年版，第 137 页。

主客观相一致，可公安机关的规定只是强调了客观行为，没有注重考察行为人的主观意图，如果一味按照该规定执行，会造成打击面过大的结果，从而导致错案的发生。我们可以假设如下这样的一个案例，即被告人张某系外地的一位汽车司机，交通肇事后被害人的亲属立即对其进行了救护，此时已无肇事人张某救护的必要了，张某因害怕人身受到被害人亲属及当地群众的攻击而驾车驶离现场，在距事发现场 5 公里的位置，打电话向公安机关报警，并主动投案。这种情况如果按照公安机关的有关规定，嫌疑人已经驾车驶离现场了，则应当认定为交通肇事逃逸，但是这种认定方法由于没有考虑到行为人主观意图并无逃逸的故意，显然，这种认定方法是不对的。

2000 年最高人民法院的司法解释对交通肇事逃逸的行为作了详细规定，《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第 3 条规定，所谓“交通运输肇事后逃逸”，即指行为人具有该《解释》第 2 条第 1 款规定和第 2 款第 1 至 5 项规定情形之一（均系构成基本罪的条件）[①]，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。此解释对交通肇事逃逸的规定相对来说更加科学一些，它从主观和客观两方面来进行了界定，强调认定逃逸的行为应同时具备主观客观要件，客观方面为逃离现场，同时又强调交通肇事的主观罪过，即为逃避法律责任而逃跑的行为。只有当两方面的条件都具备时，我们才能认定为交通肇事逃逸行为。该司法解释符合了我国刑法的主客观要件相统一的要求，为解决在司法实践中如何认定交通肇事逃逸提供了理论的基础，在司法实践中发挥了一定的作用。

笔者认为，这一解释仍是不太准确的，存在一定的缺陷。因为该解释把逃逸的目的完全界定在逃避法律追究上，而把救助伤者的大事撇在一边，说明解释者对于交通肇事案件首先予以关注的是追究肇事者的法律责任，而不是救助伤者。这就把立法的本意颠倒了。笔者以为，刑法之所以规定对交通肇事后逃逸的加重处罚，其用意是在督促肇事者及时救助伤者，而不是为了督促肇事者不要逃避法律追究。支持这一论点的理由主要有以下五点：

（1）从主观上看，逃避法律追究不是肇事者逃逸的唯一目的。发生交通事故后，行为人应当迅速报告有关部门，并积极抢救伤者和财产，并等待处理，承担

① 《解释》第 2 条第 1 款规定有以下三种情形：（一）死亡 1 人以上或重伤 3 人以上，负事故全部或者主要责任的；（二）死亡 3 人以上，负事故同等责任的；（三）造成公私财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在 30 万元以上的。《解释》第 2 条第 2 款规定以下五种情形：（一）酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；（二）无驾驶资格驾驶机动车辆的；（三）明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车而驾驶的；（四）明知是无牌或者已报废的机动车辆而驾驶的；（五）严重超载驾驶的。

相应的责任。由于这个原因，逃避抢救义务和逃避责任追究就成为逃逸者的两个根本的动机。[①] 实践证明，肇事者逃逸的目的至少有两个，一是逃避救助伤者的作为义务，二是逃避法律追究。甚至有的肇事者是以逃避救助义务为其主要目的。因而，在逃逸的目的上，将逃避救助义务的目的撇在一边，只强调逃避法律追究的目的是不符合客观实际的。

(2) 从现场的紧急情况看，法律不应当只注重追究肇事者的法律责任，而不注重督促肇事者及时救助伤者。当发生交通肇事致人重伤后，眼见伤者血流如注，危及生命，作为肇事者，是应当先救助伤者，还是应当先去自首，不逃避法律追究呢？显然，正确的回答只能是先救助伤者。因为救助伤者刻不容缓，追究责任缓之无妨。因此，当肇事者逃跑的时候，他首先背弃的是救助伤者的作为义务，其次才是逃避法律追究的义务。况且，就两种义务的重要性而言，显然也是前者大于后者。

(3) 从惩罚与救助的逻辑关系上看，法律也不应当把追究责任放在首位。前文已经指出，发生交通事故后，肇事者身负两种义务，一是救助伤者的义务，一是接受法律惩罚的义务。为什么要救助伤者？是为了恢复伤者的健康，维护人权；为什么要惩罚肇事者？是因为他造成了伤害，侵犯了人权。可见，追究法律责任的目的正是因为造成了伤害。既然如此，就不能为了追究法律责任而耽误救助伤者。否则也就失去追究法律责任的实际意义。

(4) 从社会关注的焦点看，也不应将追究逃逸者的法律责任放在首位。众所周知，交通肇事后逃逸，是 20 世纪 90 年代开始出现的社会问题。该问题一出现，立即引起全社会的普遍关注。社会关注的焦点恰恰是肇事者不救助伤者而不是逃避法律追究的问题。

(5) 从立法目的上讲，《刑法》第 133 条之所以规定交通肇事后逃逸的加重处罚，立法本意在于督促肇事者及时救助伤者，而不在于督促肇事者不要逃避法律追究。

综上所述，笔者认为，《解释》把“交通肇事后逃逸”的目的限定在逃避法律追究上，是不太准确的。这样一来，将会形成如下几个极不合理的现象：一是交通肇事后行为人既不逃逸也不救助被害人。如肇事后不是尽快救人而只是离开现场去投案或只是在现场消极的等待，致使被害人因得不到及时救助而重伤或死亡的，因其没有逃逸，就不能加重处罚，这显然是极不合理的；二是交通肇事后

---

① 参见周雪艳：《交通肇事逃逸行为研究》，载于志刚主编《刑法问题与争鸣》（第七辑），中国方正出版社 2003 年版，第 138 页。

行为人将伤者送往医院抢救之后再行逃逸，或者拿出经费委托他人佯装过路人救助伤者，自己逃逸。此种情况下，行为人虽然逃逸，但他救助了伤者，其交通肇事的社会危害性已明显降低，但因其逃避了法律追究，仍然要加重处罚。显而易见，这两种情形都是不合理的。因此，笔者认为对“交通肇事后逃逸”的含义，应定为：在发生交通肇事后，放弃救助伤者逃避救助义务或逃避法律追究的行为。不论是否逃离现场，只要放弃这种义务，就应当以“交通肇事后逃逸”论处。笔者认为，这样规定会更有力地督促肇事者在肇事后积极的履行救助义务从而也会更大限度的保护交通肇事案中受害者的安全。当然在司法实践中存在着有些人是单纯为了逃避救助义务，有些人单纯是为了逃避法律追究，也有人既逃避救助义务又逃避法律追究的现实情况。很显然它们所反映的主观恶性程度是不一样的，逃避两种义务的主观恶性当然远远大于单纯逃避一种义务的主观恶性，逃避救助义务的主观恶性应当大于逃避法律责任的主观恶性，因为法律首要应当保护的是被害人的生命健康权而不是对肇事人法律责任的追究，此点笔者在前面已做论述。笔者认为在司法实践中，应当对以上各种情况主观恶性的不同加以区别对待，并在量刑的时候加以考虑。针对那些虽然没逃离现场但逃避了救助义务的现象，为了称谓的方便，笔者考虑是否可以将交通肇事逃逸改称为交通肇事逃避。

根据以上分析，笔者认为我们在认定“交通运输肇事逃逸”时，应当把握以下几点：①行为人已经构成交通肇事罪，这是前提。交通肇事但按照《解释》第1条和第2条的规定尚未达到犯罪标准的，即使逃逸，亦不属于此解释中逃逸之范围。②行为人明知发生了交通事故，否则亦不能认定有“逃逸”行为。换言之，要求行为人主观上认识到已经发生了交通肇事撞了人，只有在此基础上才谈得上逃逸，如果其并不知道已撞了人而继续前行，则不能说是一种逃逸行为，当然并不要求其确切认识到已经致伤他人还是致死他人。只有当行为人主观上已经明知发生了交通事故后仍然逃离现场时才可能构成“逃逸”。③被害人需要肇事人的救助，并且肇事人有能力采取一定的救助措施。如果被害人当场死亡，或者被害人没死但已有他人进行救助了，就不能认定为被害人需要肇事人的救助。④行为人主观上必须具有“逃避法律追究”的目的或“逃避救助义务”的目的，或者二者兼而有之，而不是为了其他的目的才逃离现场的。

（二）交通肇事逃逸致人死亡的含义及认定

《刑法》第133条中“因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑”。其中“因逃逸致人死亡”的含义如何理解，在理论上存在着争议，主要有以下几种观点：第一种观点认为，是指交通肇事致人伤害，肇事者不及时抢救被害人，而是逃离

现场，致使被害人因抢救不及时而死亡。[①]第二种观点认为，是指行为人交通肇事后，在逃离现场的过程中，再次发生交通事故并在第二次交通事故中致被害人死亡。[②]第三种观点认为，应当包括以上两种情况。笔者认为第二种观点是不正确的。从字面意思理解，似乎将这里的“人”理解为包括再次发生交通事故而致死的人在内，有一定的道理，但从立法逻辑上分析，显然是不合适的。理由是：逃逸行为本身并非犯罪，如果逃逸中行为人未再违反交通运输法规而致死他人，那么便无法适用该规定；如果逃逸中行为人再次交通肇事而致人死亡，那么这完全是行为人又实施了一个新的、独立于先前交通肇事罪的罪行，是行为人两次独立的行为，构成两个独立的同种罪或异种罪，在司法实践中一般是作为一罪处理或是数罪并罚。并且第二种观点也是不符合立法原意的，当时的立法背景是，在实践中，有很多人在交通肇事后畏罪逃跑，给案件的侦查工作造成很大的困难，尤其是有的当场致人重伤，应当抢救并且能够抢救也不抢救，畏罪逃跑，以致被害人因丧失抢救时间而未能避免死亡，后果和情节十分严重，必须予以严惩。[③]此种情况并不属于《刑法》第 133 条中“因逃逸致人死亡”所指的情况。第二种观点不能成立，第三种观点当然也不能成立。其中第一种观点基本上成为绝大多数人的观点。2000 年最高人民法院的《解释》明确指出：“因逃逸致人死亡是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。”即必须是肇事人的逃跑行为导致本该可以获救的被害人由于没能得到及时的救助而死亡。虽然司法解释中对此已做出了明确的解释，但要想真正全面正确把握和理解“交通肇事逃逸致人死亡”的实质，还有待进一步的研究。

笔者认为要想理解其实质，我们首先必须把握以下两点：

1. 交通肇事的逃逸行为和被害人的死亡之间必须具有刑法上的因果关系。这种刑法上的因果关系就要求首先是发生了逃逸行为，然后才出现被害人死亡的结果，即死亡必须发生在逃逸之后，而不可能在其逃逸之前或同时。并且这种因果关系也要求被害人的死亡结果必须只能是因为行为人的逃逸，未能得到及时的救助才造成的，而不能是由于其他的原因造成的。据此，我们认为以下几种情况是不能认定为“交通肇事逃逸致人死亡”的：一是交通肇事当场致被害人死亡的。此点很好理解，笔者在此不再赘述。二是被害人受了十分严重的致命伤，虽然他人立即抢救，在送往医院途中死亡，或者虽然送到医院时人还活着，医院也

---

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 447 页。

② 参见吴学斌、王声：《浅析交通肇事罪中“因逃逸致人死亡”的含义》，载《法律科学》1998 年第 6 期，第 92 页。

③ 高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 656 页。

进行了抢救但后来还是死亡了，经医院证明，该人的生命是根本无法挽救的。这时不能按交通肇事逃逸致人死亡的规定来处罚。因为逃逸与否都不能改变死亡的必然进程，即使肇事者不逃逸被害人也必然会死亡。亦即逃逸和死亡之间没有因果关系。三是行为人肇事致他人重伤而逃逸，被撞者被他人送至医院抢救，但由于医生的玩忽职守出现医疗事故致使该被撞者死亡，或者抢救期间因医院失火或其他意外事件导致其死亡，或者被送医院抢救途中再次发生交通事故而被其他肇事者撞死。[①] 在这些情况下在交通肇事逃逸和被害人死亡之间介入了其他因素，使二者之间的因果关系发生了中断，因此我们也不能认定为交通肇事逃逸致人死亡。四是肇事人将被害人转移、丢弃至较为偏僻、难于被人发觉的地方，然后逃逸，以致造成了被害人因得不到救助而死亡的。在这种情况下，因行为人对于肇事后的罪过态度发生了明显的变化，并在这种新的罪过支配下实施了新的犯罪行为，成立了新的犯罪即故意杀人罪。因此我们也不能将其认定为交通肇事逃逸致人死亡情节。

2. 肇事人必须对其肇事行为具有明知，即行为人在离开现场时必须已经知道自己交通肇事了。这是我们对肇事者认定交通肇事致人死亡情节必须具备的主观条件。只有行为人对于肇事行为具有明知，才能谈得上有逃逸动机，如果行为人对肇事情况不明知，而驾车“继续行使”，这种情况下，行为人所谓的“逃逸”在行为人的主客观上无非是正常驾驶行为的连续化。例如，甲在深夜酒后开车，将前方过路行人影误当作道路两旁的树影，之后突然发现车头似有物体撞击，但因光线极弱，加上酒后神志不清、撞击声音微弱，甲误以为是道路两旁的树枝刮擦所致，因而并未下车查看。直到第二天酒醒出车，发现车头有血迹，寻至可能肇事地点，发现被害人已经死亡。[②] 在这种对交通肇事行为的发生与否没有认识的情况，肇事人也不可能知道自己已经承担了抢救被害人的义务，如果对这种所谓的“因逃逸致人死亡”进行认定，是典型的客观归罪，无论从刑事立法原则还是从司法公正的角度出发都是不适宜的。但是这里的明知并不是要求肇事者对于其中的所有细节都有具体的明知，只是对于肇事存在着盖然性、可能性的明知。对明知的考察应当坚持主客观统一的原则，不应仅从行为人的供述来看，还应当从肇事当时的时间、季节、地点、路况、行为人具备的知识等方面客观的考察行为人是否具有明知，从而确定是否能认定 为“因逃逸致人死亡”。

---

① 参见赵秉志、田宏杰：《交通肇事逃逸致人死亡研究》，载《人民检察》2001 年第 1 期。

② 参见林维：《交通肇事逃逸行为研究》，载陈兴良主编《刑事法判解》，法律出版社 1999 年版，第 252 页。

虽然《解释》对"交通肇事逃逸致人死亡"已经做出了明确的解释，并且该解释也已经在指导司法实践中发挥了重要的作用，但是该司法解释仍然存在着一定的欠缺，即该解释中对肇事人"逃逸致人死亡"时的主观罪过并没有做出明确的界定，不知道这里的"致人死亡"到底是指过失致人死亡，还是也包括故意致人死亡，从而导致了理论上和司法实践上都出现了较大的分歧，主要存在以下几种观点：

第一种观点认为，"因逃逸致人死亡"应当包括过失致人死亡和故意（间接故意和直接故意）致人死亡。有学者指出，这一规定"适用于由交通肇事罪转化成的故意犯罪"。① 还有学者认为该规定包括故意犯罪，并进而指责其 7 年以上有期徒刑的法定刑太低。② 同时有的学者还指出，"因逃逸致人死亡"的含义包括故意杀人在内，但应将"因逃逸致人死亡"构成故意杀人罪的情形排除在《刑法》第 133 条之外。③ 按照这种观点的说法，行为人交通肇事后明知被害人有生命危险，但为了逃避法律追究，见死不救，驾车逃跑，导致被害人死亡，以及交通肇事后故意将身负重伤、生命垂危的被害人转移、抛弃，导致被害人死亡的，均应定交通肇事罪，处 7 年以上 15 年以下有期徒刑。第二种观点认为，这一规定包括过失和间接故意致人死亡（即行为人肇事后逃逸，对被害人死亡持放任态度），但不包括直接故意杀人。如有的同志认为："肇事后逃逸，不能排除肇事人对被害人的死亡结果持放任态度，但这是肇事后的结果行为，主观上是为了逃避法律责任，因此应定交通肇事罪"。④ 还如有的学者在揭示了我国交通肇事罪的立法缺陷之后仍认为：在立法未作修改之前，将交通肇事逃逸致人死亡的主观罪过形式解释为兼含间接故意是比较合适的。⑤ 第三种观点认为，该规定仅限于间接故意的致人死亡，即行为人交通肇事致人重伤（有死亡的现实危险，但如及时救助则可能挽救伤者的生命），为逃逸而遗弃被害人致使其未得到及时救助而死亡的情形。论者甚至认为，《刑法》第 133 条的规定虽名为"逃逸致死"实为"遗弃致死"。⑥ 第四种观点认为，该规定仅限于过失致人死亡的情形，不包括因故意（包括间接故意和直接故意）致人死亡的情况。⑦

---

① 参见侯国云、白岫云：《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社 1998 年版，第 349 页。

② 参见范忠信：《刑法典应力求垂范久远》，载《法学》1997 年第 10 期。

③ 参见郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难解》，中国检察出版社 2000 年版，第 33 页。

④ 参见魏克家、欧阳涛等主编：《中华人民共和国刑法罪名适用指南》，中国人民公安大学出版社 1998 年版，第 62 页。

⑤ 参见李洁：《析交通肇事罪的罪过形式》，载《人民检察》1998 年第 11 期。

⑥ 参见于改之：《不作为犯罪中"先行行为"的本质及其产生作为义务的条件》，载《中国刑事法杂志》2000 年第 5 期。

⑦ 参见黄祥青：《浅析刑法中的交通肇事罪》，载《政治与法律》1998 年第 4 期。

对于该规定包含有过失致人死亡的情形，理论界和司法实务界基本上都达到了一致认同。笔者在此不再赘述。对于认为包含直接故意致人死亡的观点基本上没能得到赞同，因为该种情况中直接故意致人死亡行为很明显的就又构成了一个故意杀人罪。笔者认为上面的第四种观点是正确的，即该规定仅限于过失致人死亡的情形，间接故意致人死亡的情形不能包含在内，交通肇事逃逸间接故意致人死亡的应当构成间接故意杀人罪。理由如下：

（1）交通肇事逃逸间接故意致人死亡的行为符合我国刑法上故意杀人罪的犯罪构成。首先从犯罪的客观方面看，故意杀人罪在客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为。这种行为一般表现为作为的形式，个别的也可表现为不作为的形式。但是不作为形式的杀人必须以不作为行为人对防止他人死亡结果的发生负有特定责任或者特定义务时，能够履行而不履行自己的责任或者义务才能构成。有的学者认为，这次刑法修改，立法机关对行为人交通肇事后有无救助被害人的法律义务采纳了否定意见，因此对肇事后没有抢救伤者的行为不能转化为他罪。[①]笔者认为这种结论缺乏依据。2003 年 10 月 28 日颁布的《中华人民共和国道路交通安全法》第 70 条亦规定："在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。"由此可见，交通事故肇事者，对抢救被伤害人负有法定（特定）的责任和义务，肇事者见死不救，驾车逃逸，就可能涉嫌以不作为的形式故意杀人。再从犯罪的主观方面看，交通肇事罪主观方面表现为过失，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。这种过失主要是指行为人对危害后果的心理态度。行为人违反交通法规可能是出于故意，如酒后驾车等，但他对于发生交通肇事的严重后果则是过失的。也就是说，行为人并未预见到可能发生严重后果，或者虽然已经预见，但轻信可以避免，以致发生了交通肇事的严重后果。就交通运输事故肇事者来说，交通肇事致人重伤，主观是出于过失。但是，肇事者停车发现被害人伤情严重，不仅应当意识到自己有特定的责任和义务及时抢救被伤害人，而且明知被伤害人如果得不到及时抢救可能导致死亡结果的发生。届时，肇事者放任这种结果的发生，不抢救伤员，驾车逃逸，致被伤害人死亡，其主观心理状态已由交通肇事致人重伤时的过失转化为不作为杀人的间接故意。这在本质上是实施了新的犯罪行为。这一新的犯罪行为（不作为）是在行为人新的主观罪过支配下实施的。人的主观心理状态是不断变化的，在一定条件下，故意行为可以转化为过失行为，过失行为可以转化为故意行为。随着

① 参见张军、胡云腾等主编：《中国刑法罪名大全》，群众出版社 1997 年版，第 104 页。

主观心理状态的变化，行为的性质也会随着发生变化。行为人主观上具有新的罪过，客观上具有新的犯罪行为和新的犯罪结果，因而完全构成一个新的犯罪——故意（间接）杀人罪。由此可见，交通运输事故的肇事者明知被伤害人伤情严重，如不及时抢救可能导致被伤害人死亡结果的发生，而持放任态度，能够履行而不履行法定（特定）义务，见死不救，驾车逃逸致被伤害人死亡的，应以间接故意杀人定性为宜。

另外还需要指出的是，根据我国刑法规定，犯罪故意和过失是指行为人对其行为的危害社会结果的心理态度。任何一种犯罪，不能同时既是过失犯罪，又是故意犯罪。交通肇事后因逃逸致人死亡，如果行为人对死亡结果持故意态度，但却按过失（交通肇事）定罪，这显然是有违法理的。例如有的学者还认为："交通肇事应具有的过失心理状态，应开始于实施违章行为和肇事结果发生过程中……逃跑等思想状态是发生于肇事之后，是为逃避法律责任，属于罪后表现，所以不能以其犯罪后的态度而改变其前行为的罪过形式，其罪后逃跑行为不宜单独定罪。"[①] 笔者认为这种观点难以成立。在交通肇事因逃逸致人死亡的案件中，死亡结果的发生不仅基于肇事行为，更主要的还在于逃逸行为，逃逸行为与死亡结果之间具有必然直接的因果关系（否则只能适用《刑法》第 133 条第二个量刑幅度）。把这种与危害结果具有直接因果关系的危害行为仅仅视为罪后表现是欠科学的，也是不合理的。

（2）"逃逸致人死亡"的主观罪过只能是过失的理解符合法律规定的文义。我国修订前刑法规定的"致人死亡"条款有 7 条。在这些条文中致人死亡的法律涵义并不一致。有的限于过失（如强奸致人死亡、故意伤害致人死亡等），有的限于故意，有的既可以是过失，也可以是故意。同一法律用语具有不同的法律含义给理论和实践带来纷争。修订新刑法的立法机关改进立法技术，对一些可能引起争议的条款明确规定按主观内容的不同确定定罪处罚标准。如第 238 条规定：非法拘禁"致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚"。也就是说过失致人死亡的定非法拘禁罪，故意致人伤残死亡的定故意伤害罪、故意杀人罪。采取类似立法方式的还有：第 247 条（刑讯逼供、暴力取证罪）、第 248 条（虐待被监管人员罪）、第 292 条（聚众斗殴罪）等。这一立法方式表明："致人死亡"的含义，除法律特别规定的以外，在一般情况下只能理解为过失致他人死亡。在交通肇事因逃逸致人死亡的条款中，立法无特别规定，因此只能理解为出于过失，而

---

① 参见陈兴良主编：《刑法全书》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 573 页。

不能牵强附会地认为，它还包括故意杀人罪。因此交通肇事逃逸间接故意致人死亡的应当另行认定为故意杀人罪。

（3）“逃逸致人死亡”的主观罪过只能是过失，交通肇事逃逸间接故意致人死亡的应当另行认定为故意杀人罪的理解符合立法原意，有利于实现立法目的。交通肇事罪是一种多发的、严重危害公共安全的犯罪。鉴于修订前刑法所规定的交通肇事罪量刑偏低（最高刑只有七年，而过失杀人罪最高刑是十五年，同是过失杀人罪，前者是危害公共安全的过失犯罪量刑反而大大轻于危害社会特定个人生命安全的过失杀人罪，法定刑不合理）的现象，刑法学界呼吁提高交通肇事罪的法定刑，这次修改刑法立法机关采纳学者的意见，提高交通肇事罪的法定刑，特别是将“因逃逸致人死亡”的法定刑明显与第二个量刑档次即交通肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的区分开，两者相比，前者法定最高刑比后者高出八年，法定最低刑高出四年。但是如果把这一新的法律条文理解为包括交通肇事后的间接故意杀人，甚至直接故意杀人，那么除部分案件（交通肇事后逃逸过失致人死亡）法定刑提高外，大部分案件法定刑不仅没有提高，反而下降了很多。因为在没有这一特定规定时，司法实务中尚可以根据刑法理论将这类案件定性为故意杀人或按交通肇事罪与故意杀人罪并罚，刑法修改后反而只能定交通肇事罪。这是违背立法精神的。反之，如果把这一特定规定理解为只限于逃逸后过失致人死亡，那么不仅与刑法修改的立法初衷相一致，而且也有利于实现立法目的，真正使提高交通肇事罪的法定刑的立法意图在司法实践中得到体现。

（4）“逃逸致人死亡”的主观罪过只能是过失，交通肇事逃逸间接故意致人死亡的应当另行认定为故意杀人罪的理解符合罪责刑相适应的原则。罪责刑相适应的原则是我国刑法的基本原则之一。它是指刑罚的轻重应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。交通肇事因逃逸致人死亡法定最高刑是十五年，故意杀人罪法定最高刑是死刑。把交通肇事后的间接故意杀人当作情节严重的交通肇事处理，实际上是把重罪当作轻罪或者是把应当数罪并罚的当作一罪处理。如果将故意致人死亡也理解为该规定之范围内，严重违背了罪责刑相适应原则，混淆了故意杀人罪与交通肇事罪的构成。何况，“因逃逸致人死亡”为交通肇事罪情节加重犯的加重情节，假若该情节本身具有故意杀人性质，岂不出现严重的故意犯罪反而成为性质相对很轻的犯罪（交通肇事罪）的加重处罚情节？这显然是不合理的，是违背罪责刑相适应原则的。[①]

综上分析，笔者认为，交通肇事“因逃逸致人死亡的”只限于过失致人死

① 参见张兆松：《论交通肇事逃逸致人死亡的定罪问题》，载《人民检察》1999年第5期。

亡，不包括故意致人死亡。如果交通肇事后，肇事人明知被害人有死亡的现实危险，不积极进行抢救，置被害人的死亡于不顾，选择了逃跑，致使被害人因得不到及时救助而死亡的，此时其行为又已转化为不作为的故意杀人，应另定故意杀人罪，而不能再定为交通肇事罪。虽然这样理解将会缩小交通肇事罪适用范围，但是它符合我国刑法犯罪构成理论，符合法条文义，体现立法本意，有利于实现罪刑相适应，有助于从严惩处交通肇事犯罪。同时也表明，在交通肇事案件中，认真查明行为人肇事后对自己肇事后逃逸行为所引起的危害结果所持的心理态度至关重要，这一点决定着对肇事人逃逸行为性质的认定。

笔者需要指出的是，当肇事人因逃逸致人死亡构成故意杀人罪时，对行为人是以故意杀人罪一罪定罪处罚，还是也对交通肇事罪一并定罪实行数罪并罚呢？学者之间有不同的看法。有的学者认为不作为的故意杀人罪等罪与先前的交通肇事罪之间形成牵连犯，对行为人应以不作为的故意杀人罪一罪定罪处罚。① 有的学者认为交通肇事罪与故意杀人罪符合吸收犯的特征，即间接故意杀人行为吸收交通肇事行为，行为人只成立故意杀人罪。② 还有的学者则认为对行为人应当实行数罪并罚。③ 笔者认为应当实行数罪并罚。因为在这种情况下，犯罪行为既非牵连犯也非吸收犯，而是各自独立的实质数罪。行为人出于过失交通肇事后又具有间接故意杀人的故意，谈不上牵连犯和吸收犯成立所要求的各犯罪行为追求一个最终目的的特征；在客观上，交通肇事作为前行为，并非后行为故意杀人的必经阶段，故意杀人也非交通肇事的必然结果，因而两者之间不存在吸收关系。交通肇事与故意杀人行为之间，更不存在手段行为与目的行为、目的行为与结果行为的牵连关系。即两罪之间既不可能构成牵连关系也不可能构成吸收关系，也就不能按一罪处罚，而应实行数罪并罚。不过同时还需要指出的是，当行为人因交通肇事后逃逸而构成不作为的故意杀人罪时，对行为人以交通肇事罪定罪处罚的部分，不应再考虑适用“交通肇事后逃逸”和“因逃逸致人死亡”的量刑情节，而只适用第一个量刑档次。否则，违背禁止重复评价的原则。

笔者还需要指出的是，我们这里的过失致人死亡中的过失包括过于自信的过失和疏忽大意的过失。过于自信的过失表现如：行为人肇事后见被害人尚能动弹或说话，以为伤势不重，或者是本来被害人还没死亡，但行为人却误以为已经死亡，还可能的是行为人想象有人会救助该被害人而不致死亡，结果被害人因得不

① 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 233 页。

② 参见侯国云：《过失犯罪论》，人民出版社 1993 年版，第 281—282 页。

③ 参见范德繁：《交通肇事罪过形式初探——兼析刑法第 133 条》，载《中央政法管理干部学院学报》1998 年第 5 期。

到救助而死亡。疏忽大意的过失表现为：行为人交通肇事撞伤被害人后，应当预见到被害人的死亡后果，但疏忽大意根本未预见到，逃逸后被害人因未得到救助而死亡。如果行为人交通肇事后，已经认识到其逃逸后被害人可能或必然因伤无救而死，应认定为故意杀人罪，而不属于“因逃逸致人死亡”的交通肇事罪。当然，在司法实践中有相当多的交通肇事逃逸案件，其行为人对被害人死亡的心态究竟是间接故意还是过失，没有任何证据加以证明。笔者认为，此种情况下，宜将行为人对被害人死亡结果发生的罪过认定为过失而不能随意扩大为间接故意。

（三）交通肇事逃逸致人死亡相关行为的认定和处理

司法实践中，交通肇事逃逸致人死亡的情况非常复杂。这类案件简单地以交通肇事罪或故意杀人罪定罪处罚都不免失当。笔者认为，交通肇事后逃逸致人死亡的案件的定性，应当根据行为人逃逸时的主观罪过及逃逸过程中的客观行为，按照犯罪构成理论依法予以正确界定。具体而言，可依照以下不同情况予以定罪处罚：

1. 行为人肇事致被害人当场死亡又逃逸的，在主观上无论其是否已经认识到被害人被撞死，均仅构成交通肇事罪一罪，依照《刑法》第 133 条第二个量刑档次即“交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑”决定行为人应当判处的刑罚。由于此种情况下，被害人的死亡只与交通肇事有因果关系，而与逃逸行为不存在刑法上的因果关系，不属于因逃逸致人死亡所包含的情形，因而不能适用第三个量刑档次。这类案件实质上不属于交通肇事逃逸致人死亡的案件。

2. 行为人交通肇事后被害人伤势严重，生命垂危，即使肇事者及时抢救，也不能挽回其生命的。对这种情况行为人驾车逃跑，被害人最终确又死亡的，行为人只构成交通肇事罪。因为被害人死亡与行为人驾车逃跑行为没有因果关系，被害人死亡是行为人先前肇事行为的后果。对肇事者应当适用《刑法》第 133 条的“交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑”，但不适用“因逃逸致人死亡，处七年以上有期徒刑”的规定。这类案件实质上也不属于交通肇事逃逸致人死亡的案件。

3. 行为人交通肇事后逃逸，因过失致人死亡的按交通肇事罪定罪处罚。如行为人交通肇事后，误认为被害人没有受伤或只受轻伤（或轻微伤），不会有生命危险，从而逃逸，致被害人死亡的；行为人肇事后，误认为被害人已经死亡，已经没法救助了，从而逃逸，致被害人未得到及时抢救而导致死亡；行为人肇事后误以为被害人受伤太重，即使救也救不活了，即救也是没用，干脆就不救，从而逃逸，致被害人未得到及时抢救而导致死亡；等等。在这类案件中只要有证据

证明，肇事者不明知逃逸行为会造成被害人死亡或者没有放任被害人死亡结果发生的，即不具备间接故意杀人主客观要件的，此时就应当认定为过失，属于逃逸致人死亡的情形，从而应定交通肇事罪，处 7 年以上有期徒刑。

4. 行为人交通肇事后驾车逃跑，因间接故意致人死亡的，应视不同情况分别定故意杀人罪或以故意杀人罪和交通肇事罪二罪并罚。笔者认为，这种情况也不能一概以交通肇事罪和故意杀人罪并罚。这类案件的定性应区分以下两种不同情况：（1）行为人交通肇事后逃跑，因间接故意致被害人死亡，但其交通肇事行为尚不构成交通肇事罪的，应以故意杀人罪定罪处罚；（2）行为人交通肇事，已构成交通肇事罪，同时又因其肇事后逃跑，间接故意致被害人死亡的，应以交通肇事罪和故意杀人罪二罪并罚。不过需要指出的是，当行为人因交通肇事后逃逸而构成不作为的故意杀人罪时，对行为人以交通肇事罪定罪处罚的部分，不应再考虑适用“交通肇事后逃逸”和“因逃逸致人死亡”的量刑情节，而只适用第一个量刑档次。否则，违背禁止重复评价的原则。

5. 行为人交通肇事后，明知被害人被拖挂在车上，仍然拖挂着被害人逃逸或故意又倒车轧人，致人重伤或死亡的，对此行为应以故意伤害罪或故意杀人罪定罪。如果前面的交通肇事行为构成交通肇事罪，则应实行并罚。

6. 行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，对此行为以故意杀人罪或故意伤害罪定罪处罚。如果前面的交通肇事行为构成交通肇事罪，则应实行并罚。

（四）本案中张金柱相关犯罪行为分析

前面我们已经就交通肇事逃逸的相关理论问题进行了论述，现在回过头来我们再对本案中张金柱相关犯罪行为进行分析。

1. 张金柱交通肇事的行为分析。从前面相关案情介绍中，我们可以知道，本案中张金柱酒后驾车，在金水路上逆行的行为，属于违反交通运输管理法规的行为。撞上各骑一辆自行车的苏东海、苏磊父子，致使苏磊重伤，经抢救无效死亡，并拖带苏东海致其重伤的行为，属于发生了重大事故，致人重伤、死亡的行为。并且郑州市公安交警支队第一大队道路交通事故责任认定书认定：张金柱应负此事故的全部责任。据此我们可以认为张金柱交通肇事的行为已经符合我国刑法中关于交通肇事罪犯罪构成的规定，构成了交通肇事罪。本案中控辩审三方对此并无争议，法院认定其行为构成交通肇事罪，笔者认为是完全正确的，在此不多做分析。

2. 张金柱肇事后逃逸的行为分析。基于前面对交通肇事逃逸含义的分析，

我们认为本案中张金柱在明知发生交通事故后，为了逃避抢救义务和法律责任而逃离现场的行为已经符合我国刑法中关于交通肇事逃逸的规定，属于交通肇事逃逸的行为。应对张金柱适用交通肇事罪的第二个量刑档次，即交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑。本案中控辩审三方对此并无争议，法院最后以交通肇事罪判处张金柱有期徒刑三年，笔者认为是完全正确的，在此也不多做分析。

基于前面对交通肇事逃逸致人死亡含义的分析，笔者认为本案中张金柱的行为并不符合交通肇事逃逸致人死亡的规定，不应当对其适用交通肇事罪的第三个量刑档次，即因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。本案中苏磊被撞后，立即就被过路群众送到医院进行抢救，因急性失血性休克抢救无效于次日死亡。前面我们已经分析过，像这种由于伤势太重，即使及时抢救也无法挽救被害人的生命的情况，由于肇事人的逃逸行为和被害人的死亡结果之间并不具有刑法上的因果关系，被害人死亡的结果还是由于肇事人先前的肇事行为造成的，对肇事人的逃逸行为不能因为有死亡结果的发生就认定为因逃逸致人死亡。因此对本案中张金柱的逃逸行为和苏磊的死亡结果不能认定为因逃逸致人死亡，也就不能适用交通肇事罪的第三个量刑档次。从法院最后以交通肇事罪判处张金柱有期徒刑 3 年的判决结果来看，法院是没有认定张金柱的逃逸行为是逃逸致人死亡的行为，笔者认为法院的做法是完全正确的。

3. 张金柱逃逸时拖带苏东海致其重伤的行为分析。本案中，在发生交通事故后，苏东海连同苏磊所骑自行车被挂在车底部，张金柱驾车拖挂着苏东海及自行车沿金水路向东，至东明路口拐弯向南逃逸，至省石油公司电院加油站附近，被追截车辆堵截后，方被迫停车。被害人苏东海因撞击、拖拉致头部、躯干及四肢损伤，损伤程度为重伤。[①] 针对张金柱该行为性质的认定，控辩双方发生了较大的争议。公诉机关郑州市人民检察院认为，张金柱的行为构成了故意伤害罪，而张金柱的辩护律师及其本人则认为其行为只是故意逃逸而非故意伤害。因此对张金柱该行为性质的认定就成为本案争论的焦点，也成了对张金柱犯罪行为定性的关键所在。一审法院郑州市中级人民法院采纳了公诉机关郑州市人民检察院的意见，认定张金柱逃逸时拖带苏东海致其重伤的行为构成了故意伤害罪。随后被告人提起上诉，最终二审法院河南省高级人民法院做出终审裁定，驳回上诉，维持原判。

笔者认为，本案中法院将张金柱逃逸时拖带苏东海致其重伤的行为的性质认

① 参见附录一：郑州市中级人民法院一审判决书。

定为故意伤害，构成故意伤害罪是有问题的。笔者在前面论述交通肇事逃逸致人死亡的相关行为定性时已经论述过，交通肇事逃逸行为的确是可能构成故意杀人或故意伤害的。笔者也不排除本案中张金柱的行为构成故意伤害罪的可能性，但是从本案中的具体情况以及本案中公诉机关所掌握的证据来看，对张金柱该行为认定构成故意伤害罪是有问题的。

笔者在前面论述交通肇事逃逸相关行为定性时指出，行为人交通肇事后，如果明知被害人被拖挂在车上，仍然拖挂着被害人逃逸或故意又倒车轧人，致人重伤或死亡的，对此行为应以故意伤害罪或故意杀人罪定罪。如果前面的交通肇事行为构成交通肇事罪，则应实行并罚。我们应当注意到，这种情况下对肇事人定故意杀人或故意伤害时，必须要求肇事人此时一定是明知被害人被拖挂在车上，可能会造成被害人重伤或死亡，但为了逃避法律追究置被害人的死活于不顾继续驾车逃逸。此时肇事人对被害人被拖挂在车上必须是明知的，只有当我们有充分的证据证明其明知时我们才能够认定肇事人此时的主观罪过已从交通肇事时的过失转变为逃逸时的间接故意，从而我们才能认定肇事人的逃逸行为又构成一个新的犯罪即故意杀人罪或故意伤害罪，否则就有客观归罪之嫌。然而笔者认为本案中从公诉机关所列举的证据和审判机关所认定的证据来看，并没有充分的证据能充分的证明肇事人张金柱在逃逸时明知被害人苏东海被拖挂在小轿车下面。我们可以来看一下郑州市中级人民法院在判决书中是如何来认定的，“当晚 9 时 30 分，张金柱酒后驾车沿郑州市金水路北侧由西向东违章行驶。当车行至金水路与经一路交叉口处，在路北的左侧撞上骑自行车正常过路的苏东海及其子苏磊。苏磊被撞腾空后，碰撞到汽车前挡风玻璃和上端铁框处，尔后掉落在地。与此同时，该车撞击苏东海后，将苏东海连同苏磊的自行车卡在该车的左底部。张金柱置群众呼喊并伸手示意停车于不顾，仍驾车拖拉着苏东海及自行车沿金水路向东拐入东明路，又向南仓惶逃逸……本院认为，被告人张金柱身为民警，目无国法，酒后驾车道行，违章肇事，致一人死亡。为逃避罪责，又不顾另一被害人死活，在汽车拖卡着被害人的情况下，继续行驶，致人重伤，造成严重残疾，其行为已分别构成故意伤害罪和交通肇事罪，且手段特别残忍，社会影响极坏，不杀不足以平民愤”。由此我们可以看出本案中审判机关认定张金柱明知被害人苏东海被拖拉在车下的依据仅仅是“张金柱置群众呼喊并伸手示意停车于不顾”，即在张金柱驾车逃逸的时候有一些沿途的群众有呼喊并伸手示意其停车的行为的事实和一些群众在事后出具的证明他们看见张金柱驾车逃逸时苏东海被拖拉在车下的证人证言。笔者认为这些认定依据都还远远不能证明张金柱当时就明知苏东海被拖挂在车下，它们只能证明张金柱当时的确是逃逸了，并且逃逸时苏东海的确

是被拖挂在车下这个事实，以及当时群众呼喊并示意其停车，张金柱当时可能听到了或看到了的一种可能，至于是否听清楚其内容，明白其意思就更不能证明了。相反，根据当时的客观情况和被告方所提出的证据却能证明被告人当时不明知车下有人的可能性是较大的。有证据证明被告人肇事前饮酒过量了，张金柱当时是属于酒后驾车，处于一种醉酒状态，我们都知道醉酒的人意识能力和意志能力都会严重下降。当时被告人驾驶的是一辆日本进口丰田佳美轿车。该车密封性很好，车窗紧闭，平常人在车外说话，司机坐在车内根本听不清。因为是夏季，当时车内空调开着，音响开着，马达轰鸣。时间是晚上 9 点多钟，光线很暗。肇事车经过的道路车水马龙，噪音很大。这些客观条件使被告人不能很好注意道路上的情况，并且在醉酒的情况下，被告人没能听见群众呼喊，没能看见群众伸手示意停车的可能性很大。再说被告人当时驾驶的丰田佳美轿车车身很低，距地面仅有 20 多厘米，正常情况下，人是不可能被拖到车下的，所以说即使被告人感觉到或知道车下拖有东西，也不可能会预见车下拖的是人，而只可能会以为是自行车（因为事故发生时两被害人都骑着自行车），更何况被告人当时已处于罪酒状态。我们不可能要求一个已经醉酒的人去预见一种连正常情况下都很难会发生的事情发生。所以笔者认为，综合考虑以上各种因素，公诉机关和审判机关认定张金柱当时明知被害人被拖挂在车下的证据是严重不足的，反倒是综合考察当时的各种客观情况，张金柱当时不知被害人被拖挂在车下的可能性是很大的。根据我国《刑事诉讼法》第 162 条第 2 款确定的“疑罪从无”的原则，不能证明，只是怀疑有这种罪行时，就不能认定。本案中既然不能证明张金柱当时是明知的，就不能认定张金柱逃逸时的主观罪过就从交通肇事时的过失转化为间接故意，进而也就不能认定张金柱的逃逸行为构成故意伤害罪。所以，笔者认为审判机关认定张金柱交通肇事后逃逸时拖挂苏东海致其重伤的行为构成故意伤害罪是有问题的。

六、本案死刑适用问题研究

本案中，审判机关最终以故意伤害罪判处张金柱死刑立即执行。笔者认为这个判决也是有问题的，现拟从以下几点来分析。

（一）我国现行刑法总则中死刑适用的标准

我国刑法在总则中，对死刑的适用规定了比较严格的标准。在总则中，1979 年《刑法》第 43 条规定：“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子。”现行 1997 年《刑法》第 48 条将其修改为：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”这一修改，使刑法的用语更加规范，实现了国内法死刑标准与国际法死刑标准的接轨，

即判处死刑的犯罪分子必须在客观行为、主观恶性和犯罪情节等方面均达到极其严重的程度。此即刑法总则对死刑适用标准的规定。其中，“罪行极其严重”即是其关键性要件。因此，如何理解与认定这一要件，即是刑法理论和司法实务工作者都需要正视的一个非常重要而关键的问题。

在理论和司法实务界，围绕着如何理解“罪行极其严重”，主要有以下几种具有代表性的观点：①所谓“罪行极其严重”，是指所犯罪行对国家和人民利益危害特别严重和情节特别恶劣的。[①] ②认为“罪行极其严重”，其实也就是俗语所说的罪大恶极，其含义应当从罪大与恶极两个方面加以把握：罪大是指犯罪行为及其后果极其严重，给社会造成的损失特别巨大，它体现了犯罪的客观实害的一面，是社会对犯罪危害行为和危害结果的一种物质的、客观的评论。恶极是指犯罪分子的主观恶性和人身危险性特别大，通常表现为犯罪分子蓄意实施严重罪行、犯罪态度坚决、良知丧尽、不思悔改、极端蔑视法制秩序和社会基本准则等，是社会对犯罪人的一种主观心理评价。作为死刑适用标准，应当是罪大与恶极同时具备，只有其一不能适用死刑。[②] ③认为认定“罪行极其严重”应当以犯罪行为的严重程度作为标准，犯罪行为的严重程度包括犯罪分子所实施的具体罪的性质和犯罪行为所造成的严重后果的严重程度，即只有当犯罪分子实施了刑法中挂有死刑条款的罪，且犯罪行为造成了极其严重的危害后果，才可以适用死刑。[③] ④认为“罪行极其严重”，是指犯罪行为对国家和人民的利益危害特别严重，社会危害性极为巨大，而判断是否属于“罪行极其严重”，应当坚持主观罪过和客观危害相统一的原则，以使死刑的适用与犯罪行为所造成的客观危害和犯罪分子的主观恶性相适应。[④]

对上述几种观点，我们认为，第一种观点将“罪行极其严重”与过去学者所阐释的1979《刑法》中的“罪大恶极”的含义作同一理解，显不妥当，因为不同的法律术语毕竟有其不同的内涵，很少有两个不同的法律术语在含义上是完全一致的。如果仅从字面上而言，“罪大恶极”即带有“罪行”与“恶性”两方面的因素；而“罪行极其严重”则仅指罪行方面极端严重，并未包括恶性的要素。就此而言，第二种观点尽管指出了应从主客观两方面理解“罪行极其严重”，但仍将之与“罪大恶极”作同一对待，不当之处同第一种观点。第三种观点似乎仅从客观危害、客观后果方面看，没有顾及到犯罪的主观因素，显然不符合刑法理

① 参见胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社1997年版，第53页。

② 参见陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第138—139页。

③ 参见王作富主编：《中国刑法的修改与补充》，中国检察出版社1997年版，第31—32页。

④ 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第300页。

论中主客观相统一的刑法原则。第四种观点认为罪行极其严重是主客观方面的统一，在适用死刑时，主观恶性和客观实害均不能偏废，这是值得肯定的。笔者认为对“罪行极其严重”的理解，我们总体上应从以下三个方面把握：

1. 犯罪行为的性质及其危害后果极其严重。所谓犯罪的性质，就是指犯的是什么罪，犯罪性质不同，社会危害性程度也不一样，法律对它们分别规定了轻重不同的法定刑，如果对案件定性不准，量刑也就必然不当[①]。所谓犯罪的性质极其严重，是指行为人在其主观恶性的支配下，实施了极其严重的危害社会的行为，这种行为的性质不仅属于应当判处死刑的犯罪，而且在同一种犯罪中也属于性质最为严重者。在通常情况下，性质最为严重的犯罪只是该种犯罪中比较少见的现象或特例，而不是这种犯罪中的多数情况，不应把一种犯罪中的多数情况视为性质极其严重。所谓的犯罪行为的危害后果即犯罪构成中所说的结果，是专指犯罪行为对我国刑法所保护的客体造成的损害，而不同的犯罪可以引起不同的危害结果[②]。危害结果无论是在定罪还是在量刑中都具有重要的意义。所谓危害后果极其严重，是指犯罪行为极其严重地危害了刑法条文所保护的合法权益。由于合法权益的性质和价值不同，所以认定后果极其严重的标准也因罪而异，如《刑法》第232条故意杀人罪的后果极其严重，就是自然人的生命权受到实际的侵害，当一个故意杀人行为剥夺了被害人的生命时，该行为的后果就是极其严重的。如果故意杀人行为没有致人死亡只造成伤害，这个行为的后果就不是极其严重。再如《刑法》第263条的抢劫罪是一个双重客体的犯罪，一是公民的人身权利，另一是公私财产的所有权，由于人身权利的价值高于财产权，所以，如果一个抢劫行为只造成财产损失而未危害被害人的生命权或健康权，就不属于后果极其严重。又如在不侵犯人身权利的犯罪中，犯罪后果极其严重是通过对客体侵害的严重程度，以及由这种严重程度引发的其他危害来体现的。在司法实践中，认定一个犯罪行为的后果达到或没有达到极其严重，要把行为的性质和结果性质结合起来考虑。

2. 犯罪分子的主观恶性极其严重。在现代刑法理论中，主客观相统一是公认的基本原则。刑法中的犯罪行为，必须是行为人的主观罪过和客观危害行为的统一，缺一都不构成犯罪。同样，犯罪的严重程度也必须是主观罪过和客观危害的统一。仅有危害行为和危害后果的极其严重，而无犯罪分子主观恶性的极其严重，或者相反，都不属于罪行极其严重。例如，一起煤矿瓦斯爆炸或天然气井喷

---

① 参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社1984年版，第252页。

② 参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社1984年版，第122页。

发事故造成数十人乃至数百人死亡，或者一场火灾或一次爆炸事故造成大量人员伤亡和公私财产损失，其行为和后果不可谓不严重，但是，由于此类事故多系行为人的过失所引起，而过失犯罪的主观罪过总是轻于故意犯罪的主观罪过，所以，这类犯罪的主观恶性就不属于极其严重。这也是过失犯罪致人死亡也只能判处有期徒刑，而故意犯罪致人死亡也可以判处死刑的根本区别所在。但是我们也应当认识到故意的罪过中直接故意和间接故意的主观恶性也是不一样的。尽管直接故意和间接故意都属于故意犯罪，其认识因素差别不大，但由其意志因素的不同所决定，出于间接故意实施犯罪比出于直接故意实施犯罪，行为人在主观恶性上显然较轻。从法理上讲，在故意之中，间接故意并非至极，而在刑罚之中，死刑则为诸刑之极。基于正比对应之关系，对出于间接故意所为之罪，即使其行为在客观上造成了相当严重的危害结果，但由于其在主观上不属于至极，对之就不宜适用极刑。行为人的主观恶性主要是通过犯罪人的动机、目的以及犯意的形成与实现过程等因素表现出来的。一般来说出于卑鄙或违法动机实施犯罪的，其主观恶性重于非此类动机的犯罪；有预谋犯罪的主观恶性重于激情犯罪的主观恶性；犯意坚决、不达犯罪目的誓不罢休之犯罪人的主观恶性重于犯意犹豫的主观恶性，提议或纠集他人犯罪的主观恶性必然重于附和或参与犯罪之行为人的主观恶性。就犯罪动机而言，人是一直处于产生需要和满足需要的运动状态之中。一般而言，远离社会正常的价值观念、被歪曲的或者主观臆造出来的需要是产生犯罪动机的基础，但有时，正常的需要也可能是某些犯罪动机产生的基础①。由于犯罪意识与人的其他意识一样，也是对客观世界的一种反映，所以，行为人所处的客观环境对决定主观恶性的大小，也具有重要意义。认定行为人的主观恶性是否达到特别严重，不仅要考虑其犯意的内容，而且要考虑犯意形成的社会生活条件、行为人的认识能力和思想水平，必须坚持人的社会存在决定人的社会意识的历史唯物主义观点，不得脱离个人的生存环境评价行为人的主观恶性。笔者认为在评价人的主观恶性时，在决定是否适用死刑时，只要行为人的主观心态之中还有一点人性，就不宜适用死刑。死刑只能适用于那些人性泯灭、天良丧尽、毫无宽宥可能的负顽之辈，而对那些人性尚未灭尽之人，即使其所犯罪行在客观上危害极大，在适用死刑时亦应慎重。

3. 犯罪的情节极其严重。犯罪情节极其严重即犯罪的手段特别残忍、在犯罪中起最主要的作用、具有卑劣的犯罪目的或者其他特别恶劣或特别严重的情节。性质特别严重的犯罪，也不是都具有特别恶劣的情节，法律往往列举特别恶

---

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1991 年版，第 358—359 页。

劣的具体情节作为这类犯罪可以适用死刑的条件。犯罪情节是案件中体现行为的社会危害性或行为人的主观恶性，影响定罪量刑的主客观情况。每起犯罪都会有各种各样的情节，有的是对量刑起从宽作用的情节，有的是对量刑起从严作用的情节，但体现罪行极其严重的情节，都是对量刑起从严作用的情节。在很多情况下，对犯罪分子是否判处死刑，就在于如何看待案件中的某一个或某几个情节。笔者认为，死刑案件一般应有足以体现罪行极其严重的情节存在，情节实际上是对犯罪性质极其严重和主观恶性极其严重的表现形式和必要补充。

因此，笔者认为，所谓罪行极其严重，就是犯罪的性质和危害后果极其严重，犯罪人的主观恶性极其严重，以及犯罪情节极其严重的统一。三者皆具备的犯罪，才符合罪行极其严重的死刑适用标准，才可以适用死刑。只有其中某一项或两项达到极其严重的，并非必须判处死刑。

（二）我国现行刑法分则中故意伤害罪死刑适用的标准

1979 年刑法关于故意伤害罪的法定刑，特别是关于致人重伤的处罚偏轻；1983 年 9 月 2 日《关于严惩严重危害社会治安犯罪分子的决定》将故意伤害罪的法定刑实际上提高到死刑，与故意杀人罪基本一致，失之过重。1997 年修订后的新刑法，对于故意伤害罪适用死刑的条件作了比较严格的限制。《中华人民共和国刑法》第 234 条规定：“故意伤害他人的身体，处三年以下有期徒刑，拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。”根据刑法的上述规定，致人死亡或者以残忍手段致人重伤造成严重残疾的，是故意伤害罪判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的法定情节。显然，故意伤害罪适用死刑的条件是“致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”，这是一个选择性的条件，即只要伤害行为致人死亡，或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，只是可能选择适用死刑，而不是必须适用死刑。

故意伤害罪可能适用死刑的第一种情况是，故意伤害致人死亡。所谓“致人死亡”，是指由于行为人的故意伤害行为直接导致被害人死亡。如果被害人死亡结果的发生不是由于伤害行为所致，如行为人将他人伤害以后，在送往医院途中被汽车撞死或者由于医院的不当医疗行为致死，则不能认定是行为人的伤害行为直接所致，当然不得以故意伤害罪选择适用死刑。故意伤害致人死亡适用死刑的情况不难理解，笔者在此不再多作论述。

故意伤害罪可能适用死刑的第二种情况是，以特别残忍的手段致人重伤造成严重残疾。一般来说，故意伤害致人重伤，比起伤害致死和故意杀人，其后果及

危害性更轻。因此刑法对关于故意伤害致人重伤适用重刑，作了更加严格的限制，对于刑法这个规定，首先应当明确两点：①必须同时具备两个条件，一是以特别残忍的手段，二是致人重伤造成严重残疾。②既使以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，也不能都判处死刑，有的也可以判处该款最低刑——十年有期徒刑。可见，故意伤害致人重伤的犯罪适用第 234 条第 2 款规定的法定刑，其条件是非常严格的，至于判处死刑就应当更加从严掌握，这应当是立法的本意。

明确了以上几点后，笔者认为判断是否是“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”，要从以下三个方面进行认定：

（1）实施伤害的手段特别残忍。犯罪手段是犯罪客观方面的核心内容。它反映了行为人的主观恶性程度和客观危害性及危险性的程度，是立法确定刑罚的重要依据，也是司法量刑考虑的重要情节。手段特别残忍即采取为一般的伤害行为所不使用或者不能为一般公众容忍的伤害手段，如伤害行为持续时间较长，几天、几十天，甚至有的长达几年；伤害手段使被害人异常痛苦；以强酸毁容，造成被害人极度精神创伤，痛苦终生；以锐利的凶器乱刺乱砍或者以棍棒等钝器猛砸乱打，或以其它凶狠毒辣手段实施伤害他人行为；以特别阴险或者特别淫秽的手段伤害他人；伤害多人并致多人重伤；采取肢解的方式进行伤害等。

（2）致人重伤，即具备《刑法》第 95 条规定的几种情形之一：使人肢体残废或者毁人容貌的，即使他人的肢体缺损，或者使他人的面容变得丑陋不堪、显著变形等。使人丧失听觉、视觉或者其他器官功能的。丧失听觉是指一耳语音听力减退 91 分贝以上，或者两耳语音听力减退在 60 分贝以上的；丧失视觉是指造成一眼盲或者两眼低视力，其中一眼低视力为 2 级。其他对人身健康有重大伤害的，如对他人大脑的严重伤害等。

（3）造成严重残疾，即由于行为人的伤害行为使他人受到重伤并且无法痊愈，留下严重残疾。我们必须注意到这里要求的是必须达到严重残疾程度而不是一般残疾程度。只有这三个条件同时都具备的，才可以考虑选择适用死刑。我们认为，从总体上讲，这些条件是指故意伤害行为对他人人身权利的危害达到了最为严重、无以复加的程度。综合判断故意伤害的行为手段、行为对象、伤害程度、行为方式以及它所引起的危害结果等全部因素后认为，其行为已经达到了刑法总则所规定的适用死刑的实质性要件“罪行极其严重”时，即可以动用死刑这一极刑。笔者还需要指出的是，上述死刑适用的条件是和“10 年以上有期徒刑、无期徒刑”规定在一起的，因此，即使是符合上述条件，一般情况下也应当优先选择适用 10 年以上有期徒刑；只有当选择 10 年以上有期徒刑不足以实现罪责刑相适应的时候，才退而求其次，选择适用无期徒刑；也只有当适用无期徒刑仍不

足以实现罪责刑相适应的时候，才最终地选择死刑，死刑仅仅是最后的选择，是最后的手段。同时，也需要指出，即使其行为具备法定的三项条件之一，依法应当适用死刑，也要注意和刑法总则规定的死刑适用规格“罪行极其严重”相协调，只有对那些不论是从分则规定的条件上看是相符合，还是从总则上看，又符合了“罪行极其严重”者才能以死刑惩治。即使如此，对于那些应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，仍可适用死刑缓期两年执行。

（三）本案中对张金柱适用死刑的分析

在进行本部分的分析之前，笔者首先声明的一点就是，我们前面已经论述过，审判机关对张金柱故意伤害罪的认定并不能成立，但为了研究的方便，我们可以退一步来假设我们已经有足够的理由和证据来认定张金柱的行为已经构成故意伤害罪。

通过前面对刑法总则中死刑适用标准和分则中故意伤害罪的死刑适用标准的论述，笔者认为即使我们假设张金柱故意伤害罪已经成立，本案中审判机关最后判处张金柱死刑立即执行也是很有问题的，主要体现在以下几点：

1. 张金柱所犯的罪行不符合刑法总则中死刑适用的标准。如前所述，我们知道我国刑法总则中死刑适用的标准是“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。认定罪行极其严重，就必须是犯罪的性质和危害后果极其严重，犯罪人的主观恶性极其严重，以及犯罪情节极其严重的统一，三个条件必须同时具备的犯罪。然而笔者认为本案中张金柱的犯罪行为并没有同时具备这三点，也就谈不上罪行极其严重了，即不符合我国刑法总则中死刑适用的条件。

（1）本案中张金柱的犯罪行为性质和危害后果并不是极其严重。如前所述，所谓的犯罪性质就是指犯了什么罪，犯罪性质不同，社会危害性程度也不一样，法律对它们分别规定了轻重不同的法定刑，本案中张金柱犯的是故意伤害罪。我们都知道故意伤害罪的犯罪性质相对于故意杀人罪、严重的危害公共安全罪等犯罪来说并不是犯罪性质最严重的犯罪。故意伤害罪所侵犯的是他人的身体健康权，相对于侵犯他人的生命权和危害公共安全的故意杀人罪和危害公共安全罪来说，其社会危害性也不是最严重的。并且本案中张金柱逃逸时拖带苏东海致其重伤的危害结果也并不是故意伤害罪中最严重的危害结果，重伤是故意伤害罪中常见的一种危害结果，一般情况下故意伤害致人死亡的结果是最严重的危害结果。所以说本案中张金柱的犯罪行为的性质和危害结果都不是极其严重。

（2）本案中张金柱的主观恶性并不是极其严重。我们假设本案中当时张金柱交通肇事后为了逃避法律的追究而逃逸，同时放任了伤害苏东海这一危害结果的发生，从而构成了故意伤害罪，很明显张金柱当时对苏东海的伤害行为是持一种

放任的态度，按照我国刑法理论，这种主观罪过属于间接故意伤害。如前所述，尽管直接故意和间接故意都属于故意犯罪，其认识因素差别不大，但由其意志因素的不同所决定，出于间接故意实施犯罪比出于直接故意实施犯罪，行为人在主观恶性上显然较轻。从法理上讲，在故意之中，间接故意并非至极，而在刑罚之中，死刑则为诸刑之极。基于正比对应之关系，对出于间接故意所为之罪，即使其行为在客观上造成了相当严重的危害结果，但由于其在主观上不属于至极，对之就不宜适用极刑。张金柱直接追求的是逃逸的目的，而不是故意伤害他人的目的。所以说本案中张金柱的间接故意的主观罪过并不是极其严重。其主观恶性也不是极其严重，并不是那种人性泯灭、天良丧尽、毫无宽宥可能的负顽之辈，不能对其适用死刑。

另外，本案中张金柱有以下几点表现：①目击证人张延风证实：当武警问开车的，你车下面压着人还跑，他说："我不知道"。知道后又要求赶快救人。这说明张金柱当时在主观心态上并没有伤人的故意；②交通肇事发生后，张金柱就派家人看望被害人及其家属并积极赔偿被害人的治疗费用等；③张金柱在庭审时对自己的罪行做了深刻的忏悔，并在法庭最后陈述时说："指控我违章驾驶致小苏磊死亡，苏东海重伤的交通肇事罪，我没有异议，愿意接受法律的制裁。同时对受害人家属表示深深的歉意，要尽最大的努力对受害人的家人作经济上的补偿"。笔者认为，从以上三点看，无论是从客观归罪，还是主观心态，以及认罪伏法的态度等方面，张金柱并不是那种罪行极其严重，罪大恶极的犯罪分子，并不符合我国刑法总则中死刑适用的标准，对张处以极刑是有问题的。当然在这里，我们并不是为张金柱翻案，鸣不平，而只是分析，借鉴往事。

2. 张金柱的犯罪行为并不符合故意伤害罪中死刑适用的标准。前面我们对故意伤害罪的死刑适用标准进行了论述，故意伤害罪适用死刑的第二种情况是，以特别残忍的手段致人重伤并造成严重残疾。只有当使用了特别残忍的手段，致使被害人重伤，并且造成严重残疾，这三个条件同时都具备时，我们才可能适用死刑，而不是必须适用死刑，即这三个条件的同时具备是适用死刑的最低标准。对照本案，就手段而言，如果确能证明被告人明知车下有人仍继续逃逸（即假设其故意伤害罪成立），我们姑且可以说是"手段特别残忍"，但问题是目前的证据尚不足以证明这一点。特别需要提出的是，如前所述适用死刑的条件之一是必须是造成严重残疾，而不是一般残疾。本案就后果而言，虽然致被害人苏东海重伤，但笔者认为还没有达到"严重残疾"的程度，因为从鉴定结论看，被害人苏东海的伤残等级为 9 级，排在由重至轻的 10 级伤残等级中的倒数第二位（《道路交通事故受伤人员伤残评定》将伤残等级分为 10 级，级数越小，伤残程度越

重），故最多也只能算一般伤残。一些参加过刑法修改的专家就此指出：从立法原意来讲，新刑法之所以要对故意伤害罪量刑的法定情节作如此严格的限制，主要就是为了最大限度地控制该罪的死刑。不同时具备“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”这三个条件的，就不具备适用死刑的可能性，决不能判处死刑；即使同时具备上述条件的，也不是非判处死刑不可，而是在10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑中选择适用。本案中缺少“造成严重残疾”这一可能适用死刑最低标准的必备要件，也就是说本案连适用死刑的最低标准都没有达到，就不应该有适用死刑的可能性，更何况适用死刑立即执行。然而本案中审判机关最后判处了张金柱死刑立即执行，这就让我们不得不怀疑此判决的合法性。

总之，笔者认为无论从刑法总则中死刑适用标准还是从刑法分则中故意伤害罪死刑适用标准来看，对张金柱都不应当适用死刑。再说我国对死刑的政策精神是，“严格限制死刑”、“少杀”、“慎杀”。虽然1997年刑法未完全体现这一原则，但没有任何一个人强调在我国要大开杀界，重用死刑。相反，我们都说要限制死刑，减少死刑。剥夺一个不能够再生的人的生命，对于文明社会来说毕竟是一个悲剧，在“尊重生命”已成为当今一种普遍的价值观的情况下，公开地处死一个人毕竟不是善举，世界许多发达国家取消死刑，原因就在于此。

七、本案所涉及的司法独立和舆论监督问题探讨

据报道，当年当审判长宣布死刑判决时，张金柱当庭喟叹：“我是死在新闻记者手里的。”[①]张金柱的感慨，引发了法律界和新闻界对此事的若干不同看法，由此也引发了人们关于司法独立和舆论监督的热烈讨论。

（一）媒体、舆论对本案审判的影响

首先我们可以来看看当年张金柱案件的新闻传播。事发后，《大河报》连续刊发五组大容量的追踪报道，揭开了这一骇人听闻的惨案。其后，《郑州晚报》、《南方周末》等也都披露了这起惨无人道的交通肇事案件。一时间全国各地的大小报纸和电视台都对该案进行了铺天盖地的带有鲜明倾向性的报道。尤其是1998年10月13日，中央电视台《焦点访谈》栏目以《逃不掉的罪责》为题曝光“张金柱事件”。该栏目大力度、深层次的报道加速了对该案的从重处罚。可以说，以《逃不掉的罪责》为题在公安局立案而检察院尚未起诉、法院调查审理前播发的这期《焦点访谈》节目，客观上起了引发“从重从快”判决的舆论导向作

① 参见许涯文：《责任心 正义感 大局观——从张金柱事件看舆论监督功能的正常发挥》，载《中国记者》1998年第6期。

用。在《焦点访谈》的催化下，张金柱处在全国人民众口一词的喊杀声中。正是这些报道报出后和节目播出后，河南省郑州市有关领导批示司法部门一定要从重从快严惩肇事者。

在“诛杀公安败类”的强烈声讨下，张金柱到底是在醉酒状态下交通肇事还是故意伤害的事实变得不再重要。在媒体、舆论的渲染下，在民怨沸腾，民愤极大的压力下审判机关也的确是做到了从重从快判决，判处张金柱死刑立即执行。在判决书的最后部分，有这样一段内容：“被告张金柱身为民警，酒后驾车逆行……其行为已分别构成交通肇事罪和故意伤害罪，且手段特别残忍，社会影响极坏，不杀不足以平民愤。”“平民愤”三个字充分表现出司法机关对舆论影响的考虑。

对于张金柱被判死刑也有不同的看法。南京大学新闻传播学系副教授杜骏飞等人认为：“张金柱虽然情节特别恶劣，但依法而论，酒后驾车撞人致死，罪不当死。”他写道：“……从表面看，法庭顺应了民意，媒体功不可没。但实际上，由于法律程序受到舆论的左右，法律的公正性和权威性遭到了破坏。”[①] 同时张金柱的辩护律师提交的由多位法学界著名专家出具的专家意见书中认为，判决书中使用了“不杀不足以平民愤”的字样，本案的民愤固然很大，但对民愤，司法机关也应有一个理性的态度，不能因为民愤大就超越法律的规定来判刑。[②]

综上，笔者认为本案中媒体不负责任的越位报道，群众法律知识的缺乏，导致了舆论的一边倒倾向，舆论界在法院未作出判决之前就先作了定性，连被害人被卡在车底拖走、被告人在车上肯定应该知道车下有人的情节都作了认定，即张金柱是明知车下有人仍拖带，使其主观恶性明显大大加重，导致民怨沸腾，民愤极大。进而给审判机关造成了巨大的压力，防碍了本案中的司法独立，使法官有一种先入为主的偏见，做出了有问题的判决。如果没有舆论的巨大压力，笔者相信判决结果绝对不会是这样。本案的这种结果也引起我们的深深思考，在舆论一片恶人当杀之声时，我们是否理性地想过恶人的生命非依法定不能剥夺，是否对落水之狗保留了一点费厄泼赖，是否对恶人张金柱的合法权利保留了不是施舍的尊重？从法治国家的角度讲，我们的肯定回答体现了媒体舆论监督权力对法治的尊重和遵守。在我们为恶人遭了恶报而后快之时，我们庄严神圣的刑法却没有得到应有的尊重和执行，这种做法对我们的法治化进程来说无疑是一个巨大破坏。

---

① 参见杜骏飞、胡翼青：《深度报道原理》，新华出版社 2001 年版，第 157—158 页。

② 参见沉钟：《第一种危险：张金柱恶性交通肇事案的真相调查》，载 http：//bookcq. com/bgws/d/dyz/dyzwx. html。

而媒体的舆论监督是否科学地起到了它的监督作用，是否有媒体审判，妨碍司法独立的嫌疑？这就需要我们认清和摆正司法独立和舆论监督的关系，建立司法独立和舆论监督的平衡机制。

（二）司法独立与舆论监督的关系

司法独立和舆论监督是现代民主和法治国家中最具内在价值的基石。两者是辩证的对立统一关系，既有相互包容、相互推动的一面；又有相互对抗，在特定情况下发生冲突的一面。

1. 舆论监督有利于司法权的公正行使。一般而言，司法独立和舆论监督是协调、包容的关系，不存在根本的利害冲突。这集中表现在无论是司法独立还是舆论监督，都把实现社会公平正义作为终极目标。

（1）舆论和司法具有互动作用。司法活动自古以来都是新闻的重要资源，司法活动中所涉及的多是人们关注的问题，即使一个最普通的案件，所透出的情与法、是与非、善与恶、生与死、道德与伦理、权益维护与剥夺等冲突，都带有强烈的刺激性，容易引起人们情感的撞击，而这恰恰是好新闻的素材。因此，新闻媒体历来都把司法活动作为挖掘社会新闻和舆论监督线索的源地，特别是法院审理的案件中涉及官员渎职、政府决策失误等方面内容时，更能激起新闻媒体对政府监督的热情。反过来，新闻媒体对司法活动的关注，对宣传法治又起了积极的推动作用。美国学者 Warrem 指出："一个不容否认的事实是，如果说法律通过司法判决的官方报告传至法律家，那么可以说法律传至民众则是通过报刊传媒的过滤。"[①] 这种法律通过新闻媒体传致公众，进而通过公众影响社会生活的作用，越来越多地引起了司法机关和法官的注意。新闻媒体对司法活动的报道所起到的积极作用，同样引起了我国司法机关的注意。最高人民法院公开宣布，允许新闻媒体在遵守诉讼程序和法庭秩序的前提下以自负其责的态度，全面、公正、如实地报道案件的审判，加强对司法的监督。同时，最高人民法院还制定颁布了《关于严格执行公开审判制度的若干规定》，强调把审判置于舆论和公众监督之下。采取这些措施，除了是对舆论监督保证办案质量，提高法官队伍素质以及审判方式改革所起到的帮助和促进作用的重视外，还有一个重要的原因是为了推动法治宣传。

（2）舆论监督对司法独立是一种保障。我国司法独立体制并未完全建立起来，司法机关在审理一些涉及某些权势人物或权力部门的案件时，常常受到很大的压力，有的法院和法官可能屈从于压力而使判决偏离法律，使犯罪分子得不到

---

① 参见张志铭：《传媒与司法的关系》，载《中外法学》，2000 年第 1 期。

应有的惩罚，平民百姓的冤屈得不到及时伸张。对这种情况，舆论监督对倡导现代法治意识，支持司法机关依法独立、公正行使职权，保证法律的正确实施起着不可替代的作用。新闻媒体通过披露事情的真相，批评非法干涉行为，反映公众要求依法公正审理的愿望，对增强司法机关抗干涉能力，制约干涉行为，维护司法独立是十分重要的。

（3）舆论监督对司法不公是一种必要的矫治和救济。在我国法治不够完善的情况下，司法不公现象是客观存在的，而克服和消除这种现象的有效措施之一就是加强监督，其中包括加强舆论监督。“如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”① 舆论监督对这些司法不公特别是司法腐败行为公开揭露和批评，是一种必要的矫治和救济手段。①有利于司法机关及时发现问题，通过法律程序纠正错误，恢复法律的公正；②有利于及时查处司法腐败行为，惩治“害群之马”，维护司法机关的清正廉洁；③有利于司法机关队伍建设，告诫法官要加强学习，不断提高自身素质，并在任何情况下都能谨慎行事。

总之，就总体而言，舆论监督与司法独立具有价值取向一致的共性，这决定了两者总的是一种协调、包容的关系。正确认识这一点，对准确把握两者在民主法治建设中的重要作用有很强的现实意义。“传媒与司法在理论上和事实上都不存在根本的紧张关系，相反，它们是具有共同使命、共同维系社会统治的两个基本要素；作为主导意识形态传播载体的传媒与作为国家机器的司法都是主流政治制度的工具。因此，对传媒与司法的关系不应放在对抗模式中认识，而应当从协调社会统治手段和角度加以理解。”②

2. 舆论监督对司法独立具有侵犯性。舆论监督和司法独立虽然在总体上是协调、包容的关系，但是不能否认，两者在特定的情况下仍会发生冲突，造成舆论监督对司法独立的侵犯。司法独立的精髓在于司法机关拥有相对独立性和自主性，法官在审理案件时希望保持超然平静的心态，只服从法律，不受任何行政机关、团体和个人，当然也包括舆论的影响和干涉。因此，司法活动的天性是排斥任何法律之外的影响和干涉，包括舆论的影响和干涉。而舆论监督的天性是最大限度地追逐新奇，“越是不容易了解到的，越愿意去了解”，其典型性和及时性的特点使新闻媒体总是千方百计去发现和挖掘有价值的新闻线索，比别人更早、更

① 参见［美］汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1980 年版，第 264 页。

② 参见顾培东：《论对司法的传媒监督》，载《法学研究》1999 年第 6 期。

快、更深层次地进行报道，特别是对司法这类带有神秘色彩而又被人们关注的活动，更有一种深挖细究的愿望和激情。这对新闻媒体是绝对必要的。“报刊不管在任何环境下，都应保持其特征和激情。”① 但是，正由于舆论监督追逐新奇的天性，加上舆论监督本身的非程序化的品质，使其对司法独立具有侵犯性。在我国目前存在这样一个问题，即司法独立和舆论监督到底谁更重要呢？从理论上说，司法独立是现代法治国家司法活动的准则，是“法治社会”的主要标志；舆论监督是现代民主国家公民的一项基本权利，是“民主社会”的主要标志。两者之间不存在谁更重要的问题。然而实践中有人认为，我国舆论监督处于不健全状况，舆论对司法机关及其工作人员的监督作用是微乎其微的，因而在舆论监督与司法独立的问题上，全社会更有责任扶持和倡导舆论监督，这是发展社会主义民主的需要。这个观点有一定道理。但是，这绝不意味着舆论监督的价值已超过司法独立的价值。从我国实际情况看，那种认为更应扶持和倡导舆论监督的观点存在一个致命的缺陷，即没有看到我国司法独立同样是不健全的，在抗干涉能力上同样是弱小的。一些案件得不到公正处理，与其说是因为舆论监督不够，不如说是因为司法机关或法官独立性不够。因此，在需要全社会扶持和倡导舆论监督的同时，同样需要扶持和倡导司法独立。显然，如果仅仅因为我国舆论监督不健全和司法工作中确实存在的这样那样的问题，而过于强调加强舆论监督的重要性，致使本身也不健全的司法独立受到进一步的压制和削弱，这既是与民主法治建设的要求相背离的，相信也是即使最激进主张加强舆论监督的人们不愿看到的。

另外，目前在我国还存在这样的一个问题，即作为舆论监督载体的新闻媒体没有摆正自己的位置，动辄以“包青天”自居，凭主观想象轻易认定案件的事实和证据，越位行使本应由法官行使的审判权，侵犯司法独立的行为。这种所谓“舆论审判”是当前舆论监督中的主要问题。毫无疑问，舆论监督越位侵犯司法独立的“舆论审判”现象，一旦形成局面其后果是十分危险的。司法是一项特殊的法律职业，审判案件常常涉及专业技术和法律问题，需要精通法律知识和丰富的社会阅历，这决定了这项工作不是一般人可以随意评判的。那种带有强烈感情色彩和明显倾向性，对案件的评判仅仅根据新闻媒体或从业人员个人对案件事实的初步了解和对法律的肤浅认识的批评报道，对公众只能起潜在的误导作用，使公众对司法制度本身和法官能力产生怀疑，影响了公众对司法乃至法治的信赖，妨碍了公众对事物的正确把握和对法律的正确理解，不利于全民“法律至上”观念的树立，损害国家法治进程。同时它还可能滋生“传媒腐败”。新闻媒体对涉

① 参见［美］托克维尔：《美国的民主》，董果良译，商务印书馆 1995 年版，第 206 页。

及司法公正问题时带有明显倾向性的报道，通常出于两种原因。一是受原始情感冲动支配，或出于对犯罪分子的憎恨，或出于对被害人的同情，对案件审判过程或裁判结果不能被自己感情所接受而无情鞭挞。二是与案件本身有某种直接或间接的关系，出于维护或支持这种特定关系而对案件评判带有倾向性。现实中，一些媒体搞有偿新闻和少数记者办人情案、关系案、金钱案的现象并不少见。这两种情况的结果都只能是损害舆论监督的公正性。总之，司法公正需要建设性的舆论监督，而拒绝破坏性的舆论监督。新闻媒体在舆论监督中要有高度的自律意识和清醒的“角色意识”，我们应当高度警惕因情绪化的或错误的舆论导向而酿成对司法权的侵犯，从而影响我国法治化建设的进程。

（三）建立司法独立与舆论监督和谐关系的构想

司法独立和舆论监督是法治精神、法治文化出现以后受到人们普遍关注的两个话题，成为一个宪政国家的重要标志，也是我国建设社会主义法治国家和建设社会主义民主政治伟大事业的重要组成部分。当前，我国的民主法治建设并不十分完善，这就需要我们协调好二者之间的关系，保证和提升各自的内在价值，使其都能充分发挥作用，真正建立起有效协调两者的科学的平衡机制。

1. 尽快出台《新闻法》等相关法律，促进舆论监督规范化、法治化。多年来，舆论监督这一现代社会不可缺少的监督形式，一方面在同各种违法犯罪作斗争，反对官僚主义，保证国家权力正常运行方面发挥了重要的作用；另一方面又远没有充分发挥出它应有的作用，特别是在对司法工作的监督方面。主要是因为我们至今还没有把舆论监督纳入规范化和法治化轨道。“如同国家发展的其他方面一样，大众传播媒介发展只有在适当的法律和制度范围内才会最合理、最有秩序地进行。”① 为加强社会主义民主政治建设，正确处理司法独立与舆论监督的关系，有必要尽快出台新闻法，使舆论监督实现法治。多年来，新闻界和司法界一直呼吁制定新闻法，虽然对这部法律的理解和要求各有不同，但都认为它对规范舆论监督和司法活动的关系是至关重要的。新闻法在对舆论监督与司法活动的关系问题上，一是要使司法独立与舆论监督自由的价值观念达到协调和统一；二是要明确舆论对司法活动监督的概念、监督的范围、监督的界限、监督的方式、监督的程序；三是明确新闻媒体的权利和新闻媒体自律、他律的机制；四是对舆论监督的矫治和救济等。总之，既要为舆论监督的充分开展提供法律保障，又要防止舆论对司法监督的随意性和盲目性，确保司法独立的实现。

2. 司法机关应当坦然面对，主动接受舆论监督。要想处理好司法机关和新

① 参见韦尔伯·施拉姆：《大众传播媒介与社会发展》，华夏出版社 1990 年版，第 240 页。

闻媒体之间的关系，双方都应在增进理解、相互支持的前提下，共同构建新型的协调配合关系。司法机关更要充分重视舆论监督在民主政治建设中的重要作用，进一步改变落后观念，采取相应措施，坦然面对新闻媒体，主动接受舆论监督。这就需要我们进一步做好以下两方面的工作，一方面是要进一步完善审判公开制度。这是司法活动主动接受舆论监督的有效形式。总的原则：①各类案件除涉及国家机密、公民个人隐私、未成年人犯罪以及法律另有规定的不予公开审理外，一律实行公开审判，不搞“暗箱操作”[①]；②凡公开审理的案件，允许新闻媒体在遵守诉讼程序和法庭秩序的前提下以自负其责的态度，全面、公正、如实地进行报道。[②] 应该说，这为舆论监督提供了广阔的空间。现实当中经常会出现下面的情况，即对一些重大敏感案件的公开审理，司法机关对新闻媒体持一种不信任态度，为防止各新闻媒体随意炒作对公众造成误导，通常采取只允许少数主流媒体进行报道的办法。对此，其他新闻媒体有很多抱怨，认为是搞“新闻垄断”。从我国目前实际情况看，这种冲突是一时难以解决的。对一些全国关注的大案要案，为保证新闻报道的准确性，司法机关只能采取由主流媒体统一作报道的办法，其他新闻媒体对此应给予充分的理解。当然，随着民主政治建设不断深化，司法机关应在保证准确报道的前提下，针对新闻媒体的不同要求，不断放宽参与报道的新闻媒体的范围。另一方面是要建立裁判文书公开发布制度。这是司法机关为主动配合舆论监督而采取的一种新的措施。最高法院于 2000 年 6 月宣布建立裁判文书公布制度，要求各级法院逐步做到所有裁判文书向社会公布，方便公众查阅。公布的方式，①对重大典型且全国关注的案件的裁判文书，在新闻媒体上全文公布；②对有典型意义的案件，在互联网上公布；③设立裁判文书查阅室供公众查阅；④定期出版裁判文书集，向社会公开发行。这项措施的根本意义不在于实际上有多少人查阅，而在于为关注某个案件审理的公众或新闻媒体提供了查阅的可能，在更大范围保护了公众和新闻媒体的“知情权”，保证审判工作的公开、公正。

3. 舆论对司法活动监督应坚守的几项原则。由于舆论监督和司法独立存在发生冲突的可能性，舆论监督是一种浸透力很强的监督形式，这就决定了对司法活动的监督必须坚守一定的原则。总的原则，一是不能侵犯司法独立和法官的自主性；二是不能误导公众对司法活动施加压力。笔者认为，要保证舆论对司法活

---

① 参见《人民日报》1998 年 4 月 16 日关于最高法院肖扬院长在全国法院教育整顿工作座谈会上谈话的报道。

② 参见《人民法院支持舆论监督》，见《人民日报》2000 年 1 月 28 日，关于最高人民法院肖扬院长与中央新闻单位座谈会上的谈话。

动监督的正确方向，应坚守以下几个原则：

（1）谨慎评论的原则。对司法机关审理案件，新闻媒体能否评论的问题，是一个各国都长期争论的问题。主张不能评论的观点认为，司法机关审理案件必须保持独立性和自主性，公众的评论会影响法官的判断或造成思想压力，从而可能影响最终判决。而主张可以评论的观点认为，评论是舆论监督的主要内容，可以督促法官在裁判过程中严格执法，公正裁判；只要法官问心无愧，对得起法律和正义，没有理由害怕公众的评论。① 笔者认为，如果我们把对司法活动的“评论”界定为对法官执法行为是否得当、认定的事实是否清楚、证据是否充分、适用法律是否正确、案件究竟该不该这样判处的批评或议论，则新闻媒体对司法活动的“评论”应该受到严格限制。

这是因为：①宪法和法律赋予司法机关和法官的独立“审判权”，归根到底就是指对事实、证据的认定权和法律后果的裁判权。这种权力只能由司法机关行使，新闻媒体对行使这种权力进行批评和议论，必然对法官造成心理上的影响和压力。②审理案件涉及许多法律专业知识，在大多数情况下新闻媒体并不具备这些法律专业知识，因而对司法活动的批评和议论往往是非专业、非理性的。③在认定证据和适用法律问题上，往往审理案件的合议庭或审判委员会本身就存在两种意见，而司法活动不同于学术讨论，不同意见尽可长期讨论，只能采取少数服从多数的表决办法来决定案件的处理。在这种情况下，很难说少数人的意见就绝对没道理，但案件必须按多数人的意见判决。

严谨的新闻媒体在对司法行为作评论时，应持慎重态度，确有必要进行评论时，应把握两条界限：①重程序评论而少实体评论。法律规定明确而无复杂的法理问题，是舆论对司法活动进行监督的比较有效的领域。例如，庭审中法官剥夺被告人申请回避的权力，则可能影响案件公正审理。新闻媒体对此提出批评或议论，有助于保证庭审的公正。但对案件的事实认定和适用法律等实体问题，特别是关于案件的结论性意见，新闻媒体除确有十分把握外，不应轻易批评或议论。②对正在审理中的案件不得进行评论。这应该是新闻媒体评论司法活动的禁区。对正在审理的案件发表倾向性报道或评论，主要危害是极易导致法官先入为主，产生偏见；或使法官迫于舆论的压力，作出不当判断以迎合舆论。对正在审理的案件不得评论，是世界各国大致公认原则，目前也正在逐步被我国所接受。

（2）不能超越法律程序的原则。《中华新闻工作者职业道德准则》第 3 条规定：“维护司法尊严。对于司法部门审理案件的报道，应以司法程序一致，不能

① 参见王利明：《司法改革研究》，法律出版社 2000 年版，第 158 页。

超越司法程序。”这包括以下三个方面：①要准确把握案件的起诉、一审、二审、再审、复核等程序阶段，不能超阶段报道。例如，有些案件一审判决虽已宣判，还未生效，犯罪嫌疑人提起上诉，但部分新闻媒体就超越阶段，以所谓的“恶人受到严惩，正义得到伸张”的语气大势进行报道，误导群众，影响司法活动。②准确把握各个程序的法律用语的涵义。例如在法院宣告有罪前，不得将犯罪嫌疑人称为“罪犯”。③在司法机关作出宣判前，不得凭主观猜测，推断司法机关的判决结果，代替法官作出“宣判”。

（3）分清监督对象的主次，坚持以监督司法腐败和非法干涉为主的原则。舆论监督应当明确地对自己的监督对象分清主次，不应把视角过多地放在法律问题上，而应以监督司法腐败和非法干涉为重点。这是舆论监督的主要任务，也是有效开展舆论监督的主要途径。揭露司法腐败或非法干涉司法机关独立行使职权的行为，提请有关部门和监督机构重视，采取措施制止和纠正腐败行为或干涉行为，以保证案件公正审理。同时也可督促有关部门加强制度建设，改进工作，防止类似事件再次发生，为司法权的独立行使、公正行使创造一个良好的环境。

（4）坚持文明用语，严禁进行人身攻击的原则。进行人身攻击不仅是舆论对司法活动监督的禁区，也是舆论对行政执法等其他领域监督的禁区。即使在揭露司法腐败行为时，新闻媒体也必须站在客观、真实、中立的立场上，严格防止越入这一禁区。不能在毫无根据的情况下，借助新闻媒体的“话语霸权”，指责司法机关“大盖帽两头翘，吃了原告吃被告”，“法官比黑客还黑”，“助长杀人者的威风”，“贪赃枉法的人们”，“吃人嘴软、拿人手短”，“法官的良心都被狗吃了”等等。使用这类侮辱性、诽谤性的进行人身攻击的语言进行报道，吸引读者的做法本身也是一种法律意识淡薄的表现。新闻报道中能否切实防止人身攻击，是衡量一个新闻媒体和从业人员基本素质高低的标志。①

总之，笔者认为，我们只有将舆论监督纳入法治轨道，实现规范化、法治化，使全社会达成对舆论监督和司法独立的内在价值的共同认识，协调好二者的关系，才能使他们在加强社会主义法治和民主政治建设中更充分地发挥作用。

八、结语

本文对张金柱交通肇事案件中所涉及的三个问题进行了分析。

---

① 参见刘会生：《论司法独立与舆论监督》，载刘佑生、刘会生、公丕祥等：《司法改革与公正执法》，中国检察出版社 2002 年版。

1. 交通肇事逃逸问题，在该问题中笔者认为在认定交通肇事逃逸时，逃逸者的主观目的不仅应当包括逃避法律追究的目的，而且应当包括逃避救助义务的目的。在该问题中笔者还认为交通肇事逃逸致人死亡的情节只适用于过失的主观罪过，而不适用于直接故意和间接故意的主观罪过，逃逸致人死亡时如果能证明是故意的主观罪过时，则应当构成故意杀人或故意伤害罪。基于此笔者认为本案中由于不能证明当时张金柱逃逸时具有故意的主观罪过，故审判机关对张金柱的逃逸行为认定为故意伤害是不能成立的。

2. 对张金柱适用死刑的合法性问题。我国刑法总则中的死刑适用标准是犯罪分子的罪行极其严重，刑法分则中故意伤害罪适用死刑的标准必须是当手段特别残忍、致人重伤、造成严重残疾三个条件都同时具备时才可能适用死刑。基于此笔者认为本案中张金柱的犯罪行为并未达到总则中罪行极其严重的标准，也未达到分则中故意伤害适用死刑的标准，审判机关对张金柱判处死刑立即执行是错误的。

3. 司法独立和舆论监督问题，笔者首先分析了本案中舆论对审判机关的影响，侵犯了司法独立。随后笔者分析了司法独立和舆论监督两者之间的关系，并提出了建立司法独立和舆论监督和谐关系所应当采取的相关措施。

（撰稿人　李翔*）

---

* 北京市通州区人民法院，法律硕士。

附录一：

河南省郑州市中级人民法院刑事附带民事判决书

（1997）郑刑初字第 307 号

公诉机关：河南省郑州市人民检察院

附带民事诉讼原告人苏东海，男，35 岁，汉族，河南省长垣县人，河南省中州宾馆职工。住郑州市经一路 15 号院，系被害人。

委托代理人王京宝、冯金山，河南大中律师事务所律师。

附带民事诉讼原告人张菊花，女，36 岁，汉族，河南省长垣县人，住郑州市黄河医院家属院 2 号楼 10 号。系被害人苏磊之母。

委托代理人罗新建、肖道灵，河南仟问律师事务所律师。

被告人张金柱，男，生于 1947 年 6 月 26 日，汉族，河南省荥阳市人，大专文化，捕前系郑州市公安局民警，住郑州市二七区民主路 69 号楼附 22 号。1997 年 8 月 27 日因交通肇事被郑州市公安局金水区分局刑事拘留；同年 8 月 27 日被依法逮捕。现押郑州市看守所。

辩护人田永卫、房晓东，河南方圆律师事务所律师。

附带民事诉讼被告人荆旭峰，男，24 岁，住广东省广州市三元里瑶台前进大街 46 号。

河南省郑州市人民检察院于 1997 年 11 月 18 日以被告人张金柱犯故意伤害、交通肇事罪，向本院提起公诉。在诉讼过程中，被害人苏东海及被害人苏磊之母张菊花以要求被告张金柱赔偿经济损失、肇事车车主荆旭峰负连带赔偿责任为由，分别向本院提起附带民事诉讼。本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭对本案进行了合并审理。郑州市人民检察院检察员翟彤彤、余斌出庭支持公诉；附带民事诉讼原告人张菊花及其代理人罗新建、肖道灵，附带民事诉讼原告人苏东海的代理人王京宝、冯金山，被告人张金柱及辩护人田水卫、房晓东到庭参加诉讼。附带民事诉讼被告人荆旭峰经传票传唤，无正当理由，拒不到庭。本案经合议庭评议，审判委员会进行了讨论并作出决定，现已审理终结。

河南省郑州市人民检察院起诉书指控，1997 年 8 月 24 日晚 9 时许，被告人

张金柱驾驶一辆白色佳美轿车（车牌号为豫 A54010），沿郑州市金水路由西向东行驶，行至金水路与经一路交叉路口处，在金水路北侧，撞上由南向北各骑一辆自行车横过金水路的苏东海、苏磊父子二人。苏磊被撞起后头部碰撞到该车前挡风玻璃上端铁框处，尔后摔落在地。同时，该车撞击苏东海后，苏东海连同苏磊所骑自行车被挂在车底部，张金柱驾车挂拖着苏东海及自行车沿金水路向东，至东明路口拐弯向南逃逸，至省石油公司电院加油站附近被追截车辆堵截后，方被迫停车。苏东海被拖拉距离达 1 500 米。苏磊被过路群众送往医院后，因急性失血性休克抢救无效于次日死亡。苏东海的伤情构成重伤。被告人张金柱的行为已构成故意伤害罪和交通肇事罪，请求依法严惩。

附带民事诉讼原告人苏东海、张菊花诉称，由于被告人张金柱的犯罪行为给本人造成重大经济损失，分别要求被告人张金柱赔偿经济损失及精神损害补偿人民币 226 442 元和 95 592.33 元，并均要求被告人荆旭峰承担连带赔偿责任。

被告人张金柱辩解，其当时神志不清，不知车下拖挂有人，在这种不明知的情况下，指控其犯有故意伤害罪是不能成立的；被告人张金柱的辩护人辩称，被告人处于醉酒状态，神志恍惚，且车窗紧闭，空调、音响开着，不可能意识到车下有人，交通肇事后未停车属于逃逸行为，故指控被告人张金柱构成故意伤害罪，证据不足，不能成立。

经审理查明：1997 年 8 月 24 日晚，被告人张金柱驾驶一辆车牌号为豫 A54010 的白色佳美轿车到郑州市天伦大酒店参加宴请。酒后约 9 时 30 分，被告人张金柱驾驶该轿车沿郑州市金水路北侧由西向东行驶。当行至金水路与经一路交叉口处，在路的北侧撞上由南向北各骑一辆自行车横过金水路的中州宾馆职工苏东海及其子苏磊。苏磊被撞腾空后，碰撞到汽车前挡风玻璃和上端铁框处，尔后摔落在地。与此同时，该车撞击苏东海后，苏东海连同苏磊所骑自行车卡在该车左底部。被告人张金柱置群众呼喊并伸手示意停车于不顾，仍驾车拖卡着苏东海及自行车沿金水路向东拐入东明路向南仓皇逃逸，直至省石油公司电院加油站附近，被追赶车辆堵截后方被迫停车。被告人张金柱驾车至此拖拉被害人苏东海距离达 1 500 米。被害人苏磊被过往群众送往河南省人民医院抢救无效于次日死亡。经法医学鉴定，苏磊系肝脏破裂致急性失血性休克死亡；被害人苏东海因撞击、拖拉致头部、躯干及四肢损伤，损伤程度为重伤。

被告人张金柱所驾白色佳美 2.0 型轿车，系广州运达公司荆旭峰出资购买。原行车证及车牌号为桂 FD3005。荆旭峰回广州后便将此车委托给张金柱保管和使用。后张金柱借一豫 A54010 车牌换下了原车牌。经查，该行车证系假行车证。

刑事附带民事诉讼原告人苏东海要求被告人张金柱赔偿医疗费、护理费、精神损害赔偿费等各种经济损失 226 442 元，附带民事诉讼原告人张菊花要求被告人赔偿医疗费、安葬费、精神损害赔偿费等各种经济损失 95 592.33 元。此外，二附带民事诉讼原告人均要求判令附带民事诉讼被告人荆旭峰对上列赔偿责任承担连带责任。

上述事实，有现场目击证人证言、被害人陈述、现场勘验笔录、刑事技术鉴定书、法医学鉴定、交通事故责任认定书、现场提取的毛发、血样、自行车、肇事车等物证及附带民事诉讼原告人提供的各项治疗单据等证据在案证实。本案事实清楚，证据确实充分，足以认定。

本院认为，被告人张金柱身为民警，酒后驾车逆行，造成一人死亡；为逃避罪责，又不顾另一被害人死活，在汽车拖卡着被害人的情况下继续行驶，致人重伤造成严重残疾，其行为已分别构成交通肇事罪和故意伤害罪，且手段特别残忍，社会影响极坏，不杀不足以平民愤。附带民事诉讼原告人要求赔偿各种经济损失理由正当，应予支持，但要求过高，精神损害赔偿部分，不予支持。被告人及辩护人辩解、辩护故意伤害罪的证据不足的理由不能成立，不予采纳。河南省郑州市人民检察院指控被告人张金柱犯故意伤害罪、交通肇事罪事实清楚，证据确实充分，请求依法严惩的理由充分应予支持。依照修订前《中华人民共和国刑法》第 234 条第 2 款、第 57 条第 1 款、第 69 条、第 36 条第 1 款、第 12 条、第 113 条之规定，判决如下：

一、被告人张金柱犯故意伤害罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。

二、被告人张金柱赔偿附带民事诉讼原告人苏东海人民币 70 000 元整，赔偿附带民事诉讼原告人张菊花人民币 25 000 元整。附带民事诉讼被告人荆旭峰负连带赔偿责任。

如不服本判决，可在接到判决书的次日起 10 日内，通过本院或直接向河南省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：谭绪进

审判员：刘春意

代理审判员：闫振华

1998 年 1 月 9 日

书记员：沈青梅

附录二：

河南省高级人民法院刑事裁定书

(1998) 豫法刑二终字第 17 号

原公诉机关：郑州市人民检察院

上诉人（原审被告人）张金柱，男，生于 1947 年 6 月 26 日，汉族，河南省荥阳市人，大专文化，捕前系郑州市公安局民警，住郑州市二七区民主路 69 号楼附 22 号。1997 年 8 月 27 日因交通肇事被郑州市公安局金水区分局刑事拘留，同年 8 月 27 日被依法逮捕。现押郑州市看守所。

辩护人田水卫、房晓东，河南方圆律师事务所律师。

郑州市中级人民法院审理被告人张金柱故意伤害。交通肇事和赔偿经济损失一案，于 1998 年 1 月 9 日作出郑刑初字第 307 号刑事附带民事判决。被告人张金柱不服，提出上诉。本院依法组成合议庭审理了本案。经合议庭评议后，审判委员会进行了讨论，并作出决定，现已审理终结。

原审判决认定：1997 年 8 月 24 日晚，被告人张金柱驾驶一辆车牌号为豫 A54010 白色佳美轿车到郑州市天伦大酒店参加宴请。当晚 9 时 30 分，张金柱酒后驾车沿郑州市金水路北侧由西向东违章行驶。当车行至金水路与经一路交叉口处，在路的北侧撞上骑自行车正常过路的苏东海及其子苏磊。苏磊被撞腾空后，碰撞到汽车前挡风玻璃和上端铁框处，尔后掉落在地。与此同时，该车撞击苏东海后，将苏东海连同苏磊的自行车卡在该车的左底部。张金柱置群众呼喊并伸手示意停车于不顾，仍驾车拖拉着苏东海及自行车沿金水路向东拐入东明路，又向南仓惶逃逸，直至省石油公司电院加油站附近，被追赶车辆堵截后方被迫停车。至此，张金柱驾车拖拉苏东海达 1 500 米。被害人苏磊被过往群众送往河南省人民医院，因抢救无效于次日死亡。被害人苏东海因撞击、拖拉致头部、躯干及四肢损伤，损伤程度已构成重伤。

郑州市中级人民法院以故意伤害罪判处被告人张金柱死刑，剥夺政治权利终身；以交通肇事罪判处其有期徒刑 3 年。决定执行死刑，剥夺政治权利终身；赔偿附带民事诉讼原告人苏东海人民币 70 000 元整。赔偿附带民事诉讼原告人张菊花人民币 25 000 元整。附带民事诉讼被告人荆旭峰负连带赔偿责任。

被告人张金柱上诉称：不构成故意伤害罪，量刑过重。

辩护人辩称，认定张金柱犯故意伤害罪缺乏证据，量刑过重。

经审理查明：原判认定被告人张金柱犯故意伤害罪、交通肇事罪的事实清楚。张金柱肇事时有目击人姚成龙、张宝泽、首进法、丁战杰、何长伟、李国豪的证言在卷佐证。张金柱拖拉苏东海逃跑途中，有目击人丁朝中、李俊岭、严听、孙凯、王军、武向东、卫武军。孔超、付磊的证言在卷证实，并将张金柱堵截当场抓获。

被害人苏东海亦有陈述在卷证明。苏东海、苏磊的自行车上附着的白色油漆，经刑事技术鉴定，与张金柱驾驶的白色佳美轿车原漆为同一种油漆。从张金柱驾驶的佳美轿车玻璃上提取的毛发和左后门提取的血样，经检验与苏磊、苏东海的血型一致。对苏磊尸体检验报告结论和对苏东海伤情鉴定，其损伤符合交通工具撞击及拖拉所致，并与目击人的证言相吻合。证据确实、充分，足以认定。被告人张金柱酒后违章驾车，撞人后不但不停车，反而为逃避罪责，不顾被害人的死活，在汽车拖卡着被害人的情况下驾车逃跑。将被害人苏东海拖拉 1 500 米，致其重伤造成严重残疾。直至在众多车辆追撵、堵截的情况下，才被迫停车。可见其主观上是明知的，意识是清楚的。其行为已构成故意伤害罪。被告人张金柱的上诉理由及辩护人的辩护意见不能成立。

本院认为，被告人张金柱身为民警，目无国法，酒后驾车道行，违章肇事，致一人死亡。为逃避罪责，又不顾另一被害人死活，在汽车拖卡着被害人的情况下，继续行驶，致人重伤，造成严重残疾，其行为已分别构成故意伤害罪和交通肇事罪，且手段特别残忍，社会影响极坏，认罪态度不好，应依法从重处罚。原判定罪准确，量刑适当，审判程序合法。被告人张金柱的上诉理由和辩护人的辩护意见不予采纳。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第 1 项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

根据最高人民法院《关于依法授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》的规定，本裁定即为核准被告人张金柱死刑，剥夺政治权利终身的裁定。

审判长：田立文
审判员：樊锡广
审判员：张久成
审判员：赵贵玉
代理审判员：王连山
1998 年 2 月 16 日
书记员：马长虹

（二）破坏经济秩序犯罪

杨文康非法经营同类营业案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、关于非法经营同类营业罪主体的认定
六、对“非法经营同类营业”的理解
七、非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪的异同
八、关于完善非法经营同类营业罪的思考
九、结语
附录一：重庆市沙坪坝区人民法院刑事判决书
附录二：重庆市第一中级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

刑法理论和实务界在较长时间内对1997年刑法典新增的一系列经济犯罪的构成要件缺乏统一认识，这种状况给司法机关正确处理这类案件造成了一定困难。在这样的背景下，结合实际发生的典型、疑难案件，对这些新增罪名的构成要件和认定中的疑难问题进行分析探讨，无疑有助于相关刑法理论的深化，并对司法实践具有一定的参考价值和指导意义。杨文康非法经营同类营业案，就属于这类典型疑难案件。对于该案被告人杨文康是否具备犯罪主体身份，其行为构成非法经营同类营业罪还是为亲友非法牟利罪，均存在疑问，且该案在由最高人民法院刑一庭和刑二庭组织编写的《刑事审判参考》2002年第4辑上登载，在社会上产生了一定影响，因而入选本书。

二、基本案情

被告人杨文康（男），1968 年 12 月 14 日出生，案发时任重庆嘉陵—本田发动机有限公司营业部副部长。嘉陵—本田发动机有限公司系中国嘉陵工业股份有限公司（国有公司）与日本本田株式会社等额出资（各 50%）组建的合资公司。2000 年 4 月，被告人杨文康被该公司董事会聘任为营业部副部长，主管销售零件和售后服务。2000 年 7 月，杨文康拟增加重庆一坪高级润滑油公司生产的 SC15-40 型机油为指定用油予以销售。2000 年 8 月 8 日，杨以其母赖发英为法定代表人，其妻谭淑兰、岳母刘学梅和李学兵为股东注册成立重庆嘉本物资销售公司。随后，杨文康指使其下属黎海以嘉陵本田发动机有限公司营业部的名义，委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售重庆一坪高级润滑油公司生产的 SC15-40 机油给客户。黎海给一坪高级润滑油公司出具嘉陵本田发动机有限公司授权委托书，要求在包装上印制“嘉陵—本田指定产品”标识。同年 9 月 18 日，杨以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义，在销售网络中发出“我公司现推出金装版新型嘉陵—本田纯正机油”的通知，要求用户大力推广，并指定汇款直接汇入嘉本物资公司账户。9 月至 11 月，嘉本物资销售公司共向嘉陵本田发动机有限公司的用户销售重庆一坪高级润滑油公司生产的 SC15-40 机油 1 684 件，销售金额 385 805.13 元，获利 115 023.18 元。后被日方发现，终止了嘉本物资销售公司的销售活动。

三、裁判要旨

合资企业的管理人员，利用职务之便，让其亲属经营与其任职公司业务范围同类的经营活动，从中谋取非法利益，其行为损害了合资企业的利益，系违法行为。但鉴于其任职的合资公司不属于国有公司，其所担任的任务不属于国有公司董事、经理，与《刑法》第 165 条所要求的犯罪构成不符，不应按犯罪论处。合资公司虽系国有控股公司，行为人利用职务之便，让其家人注册公司经营与其所任职公司的同类营业，获取非法利益数额巨大，其行为并未触犯《刑法》第 165 条，不能以非法经营同类营业罪论处。

四、引发的理论问题

从控辩双方的争议可以看出，正确处理本案需要澄清的理论问题有：

1. 非法经营同类营业罪的主体范围如何界定。本案中控辩双方对杨文康是否具备非法经营同类营业罪主体身份存在分歧。控方认为杨文康身为国有控股公

司营业部的副部长利用职务之便为自己的亲属牟利，符合非法经营同类营业罪所要求的主体，而辩方认为杨文康为合资企业的营业部副部长，不具备非法经营同类营业罪的主体资格，可见行为人任职公司是否为国有企业性质以及行为人的职务的问题，都是确定行为人罪与非罪的关键。因此正确界定公司、企业的性质以及董事、经理人员涵盖的范围，不仅对于本案的定性至关重要，而且在司法实践中也具有重要意义。因此关于非法经营同类营业罪主体界定的探讨成为本文研究的第一个问题。

2. 如何理解“非法经营同类营业”。非法经营同类营业罪的客观方面表现为行为人利用职务便利，非法自己经营或者为他人经营与任职公司同类的营业。法学界对于利用职务便利、同类营业、自己经营和为他人经营等问题的认定存在不同的见解，结合杨文康一案本文将着重论述几个概念的含义，阐明非法经营同类营业罪认定中的一些关键性问题。

3. 如何区分非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪。本案中杨文康利用职务的便利，将其所在公司的业务交由以其亲属名义设立的公司进行经营，从其行为客观方面看，存在与非法为亲友牟利罪的犯罪构成的客观方面相似的地方，在司法认定中也是一个模糊的难点，是认定此罪与彼罪的关键，因此本文将从两罪的比较入手结合本案进行详尽的探究。

五、关于非法经营同类营业罪主体的认定

本案中被告人杨文康自 2000 年 7 月至案发时任重庆嘉陵—本田发动机有限公司营业部副部长，主管销售零件和售后服务。对于被告人杨文康是否具备非法经营同类营业罪主体身份控辩双方存在异议，最后法院判决被告人杨文康不具备非法经营同类营业罪主体身份。那么，杨文康到底是否具备非法经营同类营业罪主体身份？本文将从以下三个方面进行阐述：

（一）由立法演变看非法经营同类营业罪主体的范围

“犯罪主体要件是犯罪构成其他要件乃至犯罪构成整体存在的前提条件，也是主客观相统一的定罪原则的基础。”① 非法经营同类营业罪是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。② 本罪是以特殊身份作为主体要件的身份犯。刑法上的特殊主体，是指“行为人在身份上的特殊资格，以及其他

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 625 页。

② 参见高铭暄、马克昌：主编《刑法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 406 页。

与一定的行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。”[①] 非法经营同类营业罪的主体规定为国有公司、企业的董事和经理，这就涉及如何理解国有公司、企业的内涵、如何界定董事、经理的范围，为了弄清楚这一要件所包含的内容，下面我将从这两个概念的界定来进行论述，同时兼顾对非法经营同类营业罪的犯罪构成的其他要件的理解，以辨明非法经营同类营业罪主体的含义以及杨文康一案的疑点。

1. 非法经营同类营业罪的罪名及概述

非法经营同类营业罪是1997年修订后的刑法增设的新罪名。它是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。无论是在1979年刑法中，还是在有关的单行刑事法律规范或非刑事法律规范中都未曾出现过，只是在一些相关法规中有所体现。例如，国家工商行政管理局1990年11月20日发布的《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》第10条规定：“企业法人的法定代表人一般不得同时兼任另一企业的法定代表人，由于特殊需要兼任的，只能在有隶属关系或联营投资入股的企业担任，并由企业主管部门或登记主管机关从严审核。”第14条又规定：“外商投资企业的法定代表人的任职和管理，国家法律、法规另有规定的，从其规定，没有规定的，按照本规定执行。”

非法经营同类营业罪名的设立与公司法渊源颇深。非法经营同类营业行为在公司法上被称为“竞业禁止”，亦称“同业禁止”，是指董事不得将自己置于职责和个人利益相冲突的地位或从事损害本公司利益的活动；即不得为自己或为第三人经营与其办理的同类事业。世界各国公司法为防止公司的有关人员特别是高级管理人员非法利用本公司的营业情况损害本公司及股东的权益，均有竞业禁止之规定。关于竞争营业性质的限制，有两种立法主义：①绝对限制主义，即无限责任公司的股东及有限责任公司的高级管理人员在任何情形下，不得经营商业或本公司同类的营业；②相对限制主义，即经股东大会或监事会许可，可以为自己或他人从事商业或本公司同类的营业。绝大多数国家采取相对限制主义。如《德国有限责任公司法》第88条、《日本商法》第264条和《韩国商法》第397条。我国公司法则绝对限制董事、经理从事本公司的同类营业。

我国公司法对“竞业禁止”作了明确的规定，如《公司法》第61条规定：“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害

① 张明楷主编：《刑法学》，法律出版社2000年版，第179页。

本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的，所得收入应当归公司所有。”①可见，我国公司法严格禁止竞争竞业，其禁业的范围包括有限责任公司、国有独资公司和股份有限公司的董事、经理，对于董事、经理有上述行为的，要承担交归所得、损害赔偿的法律责任并可由公司给予处分。随着我国市场经济的进一步发展，在一些国有公司、企业里，董事、经理作为公司、企业的决策者和实施经营者，却同时经营与公司相同的营业项目，严重损害了国有利益和社会公共利益，破坏了公平竞争秩序，影响了市场经济的健康发展；尤其是国有公司、企业的董事、经理非法经营同类营业非法所得数额巨大的行为，已经超越了一般违法的界限，具备了犯罪的本质特征——严重的社会危害性。然而，我国 1979 年刑法并没有规定非法经营同类营业罪。因此，对于公司董事、经理的此类非法竞业行为，就只能追究其民事责任和行政责任，而不能追究刑事责任，这就难以从根本上禁止非法竞业行为。

我国立法者认识到这一问题，在学习和借鉴国外先进立法技术的情况下，现行《刑法》第 165 条对此行为作出了规定。刑法根据《公司法》第 215 条增设非法经营同类营业罪，将国有公司、企业董事、经理非法经营同类营业，给国家造成重大损害的行为明文规定为犯罪，并给予相应的刑事惩罚。这也是新刑法适应市场经济法制环境建设，保障公司法全面、有效贯彻实施的重要举措。

关于本罪的罪名，在刑法修订后的一段时间里，由于没有权威的解释，出现了近十种表述，包括竞业经营罪、经营同类业务罪、非法图利罪、非法竞业罪、非法经营获利罪、非法兼营罪、违反竞业禁止义务罪等。后来，最高人民法院的司法解释将其规定为非法经营同类营业罪，目前理论界大部分意见也认为非法经营同类营业罪的称谓更符合本罪的本质特征，因此理论界也将其称为非法经营同类营业罪。世界上绝大多数国家的商法、公司法及国际惯例所肯定的董事、经理的一般义务，违反此项义务，将导致司法上的责任，但是多数国家并未规定违反竞业禁止可能构成犯罪，我国亦是首次将其犯罪化，所以，此罪的构成要件，无论对刑法理论界还是司法实践部门都是一个需要研究的新问题。

2. 非法经营同类营业罪主体的认定

(1) 国有公司、企业的认定。由于本罪的犯罪主体是国有公司、企业的董事、经理，因而就存在一个国有公司、企业界定问题。由于历史的原因，我国曾

① 这是指 1999 年 12 月 25 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议第一次修正的《公司法》，2005 年 10 月 27 日修订的《公司法》的相关内容规定在第 149 条第 1 款第 5 项，具体内容为董事、高级管理人员不得“未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。

经片面追求生产资料的“一大二公”，国有企业的资产必须是国家全额出资组成。改革开放之后提出了以公有制经济为主体，多种经济成分共同发展的新的所有制格局。随之而来掀起的国有企业股份改造也是与我国整个经济体制改革的市场化取向相适应的理性选择，是国有经济、国有企业加入市场经济运行过程所必需的进程。而国有资产的重组、国有企业股份制改造等等的深入必将导致国有公司、企业的定义有了不同的内涵。国有企业的构成经历了由国家全额出资到国家资本绝对控股的转变，直至国有企业中非国有经济成分的介入。

目前，我国的国有公司包括两类，一类是国有全资的公司即资产全部为国有的公司；另一类为国家参股的国有公司即资产不全部为国有的公司。资产全部为国有的公司主要包括以下几类：一类是依据公司法，由国家授权投资机构或者国家授权部门设立的有限责任公司；另一类是国有企业改建的有限责任公司。根据我国公司法的规定，一般情况下有限责任公司的股东数量为 2 人以上 50 人以下，而对于国有企业改制为有限责任公司的，允许符合法定条件的国家投资主体设立仅有一个股东的国有独资公司，作为有限责任公司的特殊形式；还有发起人全部为国有企业的股份有限公司，对于资产全部为国有的公司，在性质认定上是没有异议的，当然属于国有公司。

而对于如何界定国有参股、控股的公司则由于其含有非国有的成分，对于此类公司中哪些属于国有公司一直争议较大。国家参股、含有其他经济成分的公司、企业能否认定为国有性质？认定的标准如何确立？对此，有三种不同看法：

第一种意见是否定说，认为国有公司、企业应限制为资产全部为国有的公司、企业。国有公司、企业仅指财产完全属于国家的从事生产、经营活动的经济组织，包括两个以上国有投资主体设立的有限责任公司和国有独资公司，国家控股、参股公司不属于国有公司。理由如下：①在混合制公司、企业内，与我国现行的鼓励非公有制经济成分发展的政策相适应而融入了其他成分的资本，其他经济成分的存在也是公司、企业之所以成其为混合制的所在。因此，无论国有资产所占比例多高，由于非国有经济成分的存在，使其都不再是真正意义上的国有公司。如果认定为国有性质，则具有否认其他经济成分的存在的嫌疑。如果硬视为国有性质，则完全否认了其他经济成份所有权的存在。②国有资产是否控股，国有资产在公司中是否处于优势地位只表明国有资产在公司中的份额，虽然这一份额的股权由国家所有和行使，但其实质上只是一种国家参股的表现形式，而并不能由此把公司性质定为国有。所以，国家参股的混合制公司、企业都不能划入国有公司、企业范畴。所谓国有公司、企业，只能是指由单一国家投资机构或部门组建的国有独资公司、企业，以及由两个以上的代行国家资产所有权的单位联合

组建的有限责任公司、股份有限公司和其他企业。[①]

第二种观点是肯定说，认为只要有国有资产参与，就可视为国有公司、企业，即国有公司、企业除包括国有独资企业外，还应包括国有控股的公司和企业。理由是：①按照国际惯例，对国有资产或者股份额在一个公司、企业中达到一定比例，使国家对该公司、企业具有控制权时，应以国有公司、企业论；②我国《审计法》第22条对“国有资产占控股地位和主导地位的企业”的审计监督纳入与其他国有公司、企业、事业单位相同的审计监督体制，即审计法将国家控股企业视为国有企业进行监督管理；③随着现代企业制度的建立，我国企业组织形式已由过去单一的国有、集体、个体等组织形态发展为有限责任公司、股份有限公司等组织形式，这些新的经济组织大多打破了所有制界限重新优化组合而成多种所有制经济成分并存的混合体。据统计，目前，在已上市的股份制公司中，国家控股的股份有限公司占70%以上。因此，将国有控股企业纳入国有企业范畴，是保护国有资产安全的现实需要。否则，将给国家控股公司、企业的高级管理人员规避法律，利用经营管理职权，进行恶意竞争，谋取非法利益，造成可乘之机，违背立法的精神。

第三种观点是折中说，也即有限度的肯定说，主张对于国家控股的公司企业区别对待，有限度地予以肯定。这种主张的一个理论基础是把国有企业以国有资产所占比例作为划分是否为国有公司企业的标准，按国有资产所占比例（通常以50%以上为标准）将国家控股的公司分为国家绝对控股公司和国家相对控股公司。凡国有资产所占比例较大即国家处于绝对控股地位的公司、企业都应当认定为国有公司、企业，如果国有资产所占比例较小，则不能认定为国有公司、企业。

笔者同意第三种观点，即对国有公司企业的认定采取有限度的肯定说，对国有公司、企业采用一种更为广义的定义。即国有公司、企业应涵盖公司、企业的全部资产完全为国家或由国家控股经营的公司、企业，以及国家绝对控股的企业。

国有公司包括国家授权投资的机构或者国家授权投资的部门单独投资设立的国有独资的有限责任公司、由2个以上50个以下国有投资主体共同投资设立的有限责任公司，以及国有企业单独作为发起人设立的股份有限公司。但是当国有企业股份制改造完毕以后，相对来说，真正完全由国家全部占有其资产的国有公

---

① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》，中国方正出版社2003年版，第436页；雷池、冀春苗：《非法经营同类营业罪认定中的几个问题》，载《检察实践》2004年第3期。

司、企业会越来越少。而如果按第一种观点主张将国家控股的公司、企业完全排除在国有公司、企业之外，就会大大缩小非法经营同类营业罪的主体范围，无法有效的利用刑罚武器充分保护国有公司、企业的市场竞争机制，维护社会主义市场经济建设的繁荣稳定。

而且把由国家绝对控股的公司、企业、认定为国有公司、企业，也符合非法经营同类营业罪设立的初衷——保护国有资产，避免市场经济中的不正当竞争可能给国家利益造成的必要的损害。既然在国家绝对控股的公司、企业中国家股占到50%以上，那就没有理由为了少于50%的非国有成分而放弃对占绝对多数资产份额的国有资产的保护。而且在保护国有资产的同时也会起到对少于50%的非国有成分的保护。实际上把国家绝对控股的公司、企业确认为国有性质，也是对混合制企业全部资产的充分保护。因此，尽管在这种股份制公司企业中，存在非国有经济成分，但是由于其绝对股份为国家控制，决定了其国有性质。承认上述公司、企业的国有性质，并非否认其他经济成分的所有权，但我们不能因为存在着非国有经济成分就否认其国有性质。

（2）由司法实践看关于董事、经理的认定。对董事的概念和法律地位，各国公司法规定不完全相同，一般有两种立法模式。第一种立法模式是董事是公司常设执行机构，董事与董事会是并列的公司机构，董事具有独立于董事会之外的法律地位和职权，除法律或公司章程规定的某些职权必须通过董事会会议集体行使以外，董事独立执行业务，各自代表公司；另一种立法模式是董事仅为董事会成员，董事没有独立于董事会以外的法律地位和职权，董事会的职权通过董事以董事会决议的形式行使。我国公司法采取第二种立法模式，在第119条和122条对公司董事会及经理的法定职权作了详细的规定[①]，董事会是公司的经营决策机构，经理是主持日常经营工作的公司负责人，对公司业务的管理享有广泛的权利。所谓董事是指国有公司的股东会或股份有限公司的创立大会选举的公司企业董事会的成员，包括董事长、副董事长、执行董事和一般的董事。董事的概念与法律地位明确，加之董事会成立需要一定的手续，所以董事在司法实践中是很容易界定的。

但是对“经理”的界定却不太容易，理解也极易产生分歧。因为经理本身既不是严格的法律用语，也不是正式的行政级别，经理的任命与撤免也是经营单位的自身行为，不需要统一的程序来规定。而且在现代市场经济中“经理”一词使用较滥，有总经理、副总经理、业务经理、部门经理、项目经理等等，因而其外

---

① 2005年10月27日修订的《公司法》对董事会及经理的职权分别规定在第47条和第50条。

延不够明确。在实践中对“经理”的界定存在较大分歧，主要存在两种观点。

一种观点认为应以身份论。既然《刑法》第 165 条关于非法经营同类营业罪的规定是与公司法中“竞业禁止”相对应的，那么其主体范围与公司法也应是一致的。公司法所述的“经理”，具有特定的内涵和外延，根据公司法第 50 条和 114 条的规定，公司经理是指由董事会聘任和解聘，对董事会负责，在董事会授权范围内从事日常经营工作的管理人员，是特定的法律概念。因此，对“经理”一词不宜作出扩大解释，非法经营同类营业罪中的“经理”应当仅指国有公司、企业中负责全面经营管理工作的经理，包括总经理和具有法人资格的子公司经理。其职权是依照法律程序赋予的，它的性质和范围受到公司法的严格规定和约束。

“副经理”虽然由经理提名后，也由董事会聘任或解聘，但刑法对其非法经营罪的犯罪主体地位并未作出明确规定，根据罪刑法定原则，不应列入犯罪主体范畴。至于“分公司经理”，公司法中“公司”与“分公司”是不同的法律概念，根据《公司法》第 2 条、第 10 条的规定，“公司是指在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”，“可以设立分公司”，“分公司不具有企业法人资格”①，可见“公司”与“分公司”具有不同的法律人格和组织形态，两者不能混同。相应地“分公司经理”在产生方式、职权范围上与“公司经理”也存在很大差异，分公司经理不由董事会聘任，而是由经理聘任或解聘，且无法定职权，因此“分公司经理”不能成为该类犯罪的犯罪主体。对于项目经理、部门经理、业务经理等公司法未涉及的非规范用语，更不能列入犯罪主体的范围。

另一种观点认为应以职权论。理由是从《刑法》第 165 条的立法本意看，其所禁止的是国有公司、企业董事、经理利用职务之便的同类竞业行为，因此，对该犯罪主体的理解，不应以身份论，而应以职权论，即依职权行使国有公司、企业决策以及经营管理的人员，均可成为该犯罪的主体。

笔者认为应该综合以上两种说法来界定“经理”一词的内涵。在司法实践中单采纳其中任何一种观点都难免会有失偏颇，遗漏任何一种可能构成非法经营同类营业罪的行为人，难免放纵对犯罪行为人的追究，都可能给国有资产、国家利益造成不可估量的损失。因此在对作为非法经营同类营业罪的主体的“经理”的界定上应该严肃认真，运用身份和职权相结合的标准，以期更好的实现设立非法经营同类营业罪的意图。

在界定“经理”一词的含义时应注意以下几点：①总经理其实只是经理的代

① 2005 年 10 月 27 日修订的《公司法》相关内容分别规定在第 2 条和第 14 条。

名词。《公司法》第46条第9项作了规定："聘任或者聘请公司经理（总经理）（以下简称经理）……"① 由此可见，总经理和经理是同一概念，属于犯罪主体范畴；②副总经理不应成为本罪的主体。《公司法》第50条规定的有限责任公司经理职权中一项是"提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人"，由此可见，副经理是协助经理工作的人，是和经理有严格区分的；③业务经理、部门经理、项目经理等等"经理"并非公司法意义上的经理，而且是经理领导下负责某一业务、部门、项目、机构的经营管理业务，不具备公司法所规定的经理的权力，因此不是本罪的主体；④在国有公司、企业中经理缺位的情况下，承担公司法规定的经理职权的人，如负责国有公司、企业核心工作的副总经理、副厂长为本罪的主体；⑤由于子公司本身是根据《公司法》设立的法人，是相对于母公司的独立法人，因此如果其为国有子公司，其经理当然可以成为本罪的主体。

（二）非法经营同类营业罪主体的司法界定

按照现行《刑法》第165条的规定，非法经营同类营业罪的主体是特殊主体，即国有公司、企业的董事、经理。前文已经论述了非法经营同类营业罪的主体要求为国有公司、企业的董事、经理，国有公司、企业包括国有独资公司和国家绝对控股的公司。董事包含董事长、副董事长、执行董事和一般的董事；而经理则应该包括总经理、总经理缺位时负责核心工作的副总经理、子公司的经理等。笔者以为综合以上原理进行科学分析，先确定行为人任职单位的性质，再考察行为人的职务，就能比较准确地把握非法经营同类营业罪的主体。

（三）对本案主体的法理分析

杨文康受董事会聘任，担任重庆嘉陵—本田发动机有限公司营业部副部长，无论从哪种意义上都不应成为非法经营同类营业罪的主体，不具备主体身份的杨文康也就不可能触犯《刑法》第165条的非法经营同类营业罪。首先，重庆嘉陵—本田发动机有限公司是一家有中国嘉陵工业股份有限公司（国有公司）与日本本田株式会社等额出资（各50%）组建的合资公司，因为是各50%的出资所以不是国家绝对控股的公司，就不应该认定为是国有公司。其次，杨文康身为营业部的副部长，虽受董事会聘任，但充其量仅是一个部门的副经理，并非公司法意义上的经理，也不是在经理缺位情况下承担公司法规定的经理职权的人，而是经理领导下负责某一业务、部门、项目、机构的经营管理业务，不具备公司法所规定的经理的权力。因此，无论从国有公司、企业还是从董事、经理的范畴来讲，

① 不过，2005年10月27日修订的《公司法》第47条已无总经理一词。

都不符合《刑法》第165条非法经营同类营业罪犯罪构成要求的主体身份，因此不能构成本罪的主体，重庆市沙平坝区人民法院认定事实清楚，适用法律准确，判杨文康不构成非法经营同类营业罪正确。

六、对“非法经营同类营业”的理解

本案中还有一个不可忽视的问题，就是重庆市沙坪坝区人民法院认定的杨文康的行为是违法行为，即作为合资企业的管理人员，杨文康利用职务便利，让其亲属经营与其任职公司业务范围同类的经营活动，从中谋取非法利益确为违法行为。非法经营同类营业罪的客观方面要求是行为因素和结果因素的统一。行为因素表现为利用职务便利，自己经营或为他人经营与其所任职公司同类的业务；行为的结果表现为由于非法经营同类营业行为而获取了非法利益。下面，笔者将从以下几个方面对非法经营同类营业进行法理分析。

（一）非法经营同类营业罪中非法经营同类营业的一般分析

现代汉语词典关于非法的解释为“不合法”[①]。同类的解释为“类别相同”[②]。据此，非法经营同类营业的含义即为不合法的经营类别相同的营业。在一个开放的、信息渠道畅通的市场中，市场参与主体拥有平等的机会进出各个领域，参与市场竞争，在竞争中推动市场发展和社会进步。但是，对于某些行为人来说，由于其所处的社会地位或者其身份的特殊性，而不被允许甚至禁止参与某些市场行为，以达到市场竞争参与者的平等和竞争的公平。《刑法》第165条关于非法经营同类营业罪的规定，即是对市场竞争参与者主体身份的一种限定和禁止。行为人违反刑法的规定非法经营了同类营业，就有可能受到刑罚的惩罚。下面笔者将从非法经营同类营业罪的客观构成要件的角度，分析客观要件中的行为要素和结果要素。所谓行为要素是指行为人“利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类营业”的行为；结果要素是指由于行为人的非法经营行为而“获取非法利益，数额巨大”的结果。

（二）非法经营同类营业罪的行为要素

为了透彻地说明非法经营同类营业罪中客观要件中行为要素的含义，笔者以为必须明确几个问题：

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆1996年版，第362页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆1996年版，第1264页。

1. 利用职务便利

早在1997年新刑法典出台以前，我国刑法学界对于“利用职务便利”便进行了较为深入的研讨，学者们各抒己见，众说纷纭。大抵上有三种观点：第一种观点是纯粹的职权说。持此种观点的学者认为，所谓“利用职务便利”是指“利用自己在国有公司、企业任董事、经理之职，掌握材料、物资、销售计划、人事等工作的便利条件。”[①] 第二种观点是行为人的职权以及由其职位所衍生出来的便利条件说。持此种观点的学者认为，所谓“利用职务便利”即是指“行为人主管、经管经营的权力或由此产生的便利”（如对进货、营销渠道的直接掌握或影响）[②]。第三种观点则是行为人的职权以及行为人利用与工作有关的便利条件说。持此种观点的学者认为：“利用职务便利”是指“自己掌握的计划分配、销售信息、客户渠道、市场行情等便利，这种职务上的便利是基于本人职权范围内的权力产生的”，依靠自己的权力、地位形成的便利条件。[③]

笔者认为第一种观点将“利用职务便利”局限于利用自己职权上，未免过于狭窄；第二种观点认为“利用职务便利”包括利用自己职权及职位衍生出来的便利条件，还不足以涵盖现实生活中相关人员种种行为，不能有效地制止非法经营行为的发生；第三种观点虽然有宽泛之嫌，但是笔者以为这样的界定有利于和市场经营活动中的不法行为做斗争，维护社会的稳定，所以笔者倾向于采用第三种观点。

2. “同类营业”的含义

如何理解“同类营业”是非法经营同类营业罪认定的关键之一。关于何谓本罪中的“同类营业”，刑法理论界存在分歧意见。概括来说主要有以下两种观点：一种观点认为是“同类营业”是指生产或者销售同一品种或类似品种的营业[④]；另一种观点认为，“同类营业”应以其所任职之公司、企业的生产、经营范围为标准，即企业核准登记的经营范围为准。[⑤]

笔者认为第一种观点简言之即“品种说”。仅局限于经营品种，人为地限制了非法经营同类营业罪使用范围，与本条款设立的初衷有违。所谓“同类”在现代汉语词典中的解释是“类别相同”，应兼有相同和相似的意思，所以不能机械地把同类营业理解为“生产或者销售同一品种或类似品种的营业”。第二种观点

---

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社1998版，第708页。

② 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》（下册），中国人民大学出版社1998版，第598页。

③ 参见邵砚涛：《非法经营同类营业罪探析》，载《山东法学》1998年第2期。

④ 参见陈兴良主编：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997版。

⑤ 参见李麒、李江敏：《论非法经营同类营业罪》，《河北法学》1999年第6期。

可以概括为“经营范围说”。既包含了经营范围的相同，也涵盖了业务之间有某种必然的联系的情况，这样更符合一般认识规律，同时也没有扩大“同类”的含义。所以笔者同意第二种观点，所谓“同类营业”应是指行为人所任职公司企业的营业范围与他处兼营的范围相同。只有两方面的营业范围相同，才能认为是同类竞业。即用营业范围来界定同类营业，它既包括相同的营业，也包括相类似的营业或相关联的营业。但在认定同类营业时还应注意：

（1）“同类营业”必须在工商机关核定的其所任职公司、企业的生产、经营范围之内。经营范围，是指企业被依法核准从事经营的行为、商品（产品）类别或服务项目。

（2）“同类营业”也必须是其所任职公司、企业实际经营的业务。同类营业中的同类以公司、企业登记核准的范围为准，营业以公司、企业实际经营的业务为准。如果经营与所任职的公司、企业登记、核准的范围内未实际经营的业务，就不存在竞争，也不可能因经营而损害所任职公司、企业的利益。

（3）“同类营业”不包括任职公司、企业登记、核准经营范围以外但为公司、企业实际经营的营业。因为法律要求企业应在核定的经营范围内活动，对超越经营范围经营的，法律不予保护。所以即使行为人兼营的属上述情况也不能认定为本罪所说的同类营业。而如果行为人注册经营范围并未与国有公司、企业的经营范围类同，但是行为人实际兼营产业超出了其所注册经营范围，这超出部分正好与其所任职的国有公司、企业相类同，那么可以认为行为人经营了“同类营业”。

（4）“同类营业”不要求是董事、经理自己经营或为他人经营的公司、企业登记、核准的经营范围之内的业务。非法经营同类营业罪在于保护国有公司、企业的合法权益，不管“同类营业”是不是董事、经理自己经营或为他人经营的公司、企业登记、核准的经营范围之内的业务。

（5）行为人非法兼营的产业可能并非以注册公司或企业的形式出现，而是采取了个人经营或松散型联营的形式，这并不影响行为的犯罪构成。只要行为人在实际上从事了同类的营业并符合其他要件即可构成本罪。

（6）行为人在国有公司、企业的经营管理权限必须对其所兼营的业务有所裨益。如果行为人所任职国有公司、企业的经营范围相当广，与行为人兼营的产业有类同之处，但由于该国有公司、企业内部的职责分工比较明确，行为人在国有公司、企业内的经营管理权限仅限于与自己所兼营产业不相类似、不相关联的方面，对于兼营的产业来说无任何的“职务便利”可言，所以行为人的行为也不能构成犯罪。例如，某国有集团公司既经营房地产也经营食品，房地产公司与食品公司的分工明确，相互之间没有任何制约与联系，那么即使其房地产经理又自营

食品业，也不能认定其行为构成本罪。

（7）“同类营业”既包括国有公司、企业正在经营的营业，也包括虽然没有经营，但已经投资，准备开展有关经营的营业。由于在国有公司、企业已经投入资金，准备开展有关经营活动的情况下，行为人利用其担任国有公司、企业的董事、经理的职务便利，抢先自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类营业，必然使其任职单位的有关计划陷入被动，投入的资金可能损失殆尽，其行为的恶劣程度和可能造成的危害后果与非法经营国有公司、企业正在经营的营业相比，难分伯仲。同时，根据刑法的有关规定，本罪中的同类营业，并不要求必须是正在经营的营业。因此，行为人利用职务便利，非法经营与其任职单位虽然没有经营，但已经投资准备经营的营业同类的营业，如果非法获利数额巨大，应当以本罪论处。

3. 关于自己经营与为他人经营的界定

“经营”是指为获取利益而进行的一切商业活动，是行为人的积极行为，包括自己直接经营或者为他人经营，无论行为人是为谁经营都不影响其构成本罪。自己经营，即以自己的名义或他人的名义另外设立公司、企业，名义上的“他人”仅是虚名，实际上是为自己经营；为他人经营是指受雇于人，在他人开设的公司、企业中任职，或者受他人请求、委托、以顾问、朋友等名义为他人利益进行经营活动。

自己经营，包括为自己独资或参股的企业经营，是行为人本人或化名独立开办企业，以其家庭成员或“关系人”名义开办企业，与他人合资、合作、合伙开办公司或企业，并从事与其任职公司、企业同类的营业。

为他人经营是指为自己不是出资者但却从中获取经营报酬的企业经营。具体表现在行为人接受第三人（包括法人、非法人单位或自然人）的聘任或委托，为第三人经营与其任职公司、企业同类的营业。理解“自己经营或为他人经营”应注意以下几点：

（1）从经济学的角度讲，“经营”是在一定目标支配下，运用价值规律进行的有组织的生产、购销、服务等活动。通俗地说，是指以公司、企业、合伙、个体工商户等组织形式从事生产经营活动，不同于个人购买或者销售物品的活动。这种“经营”必须是经过工商注册登记的经济实体的生产经营活动，或者虽然未经过合法注册登记但所从事的活动、经营活动具有长期性、规模性、交易经常性的特点，而不是一次性的买或卖。

（2）“自己经营”的特征是经营所得归本人所有或者主要归本人所有，包括以私人名义另行注册登记公司、企业从事经营活动，或者以家属、亲友名义注册

公司、企业而实际经营收益归本人所有，或者与他人合伙经营，或者在其他公司、企业中入股。行为人从事这种经营活动的目的是获得经营收益或者参与利润分配。至于行为人是否参与所入股公司、企业的日常经营管理活动，是否在公司、企业中担任一定的职务，均不影响非法经营同类营业罪的认定。

（3）"为他人经营"是指行为人被其他公司、企业或其他经济实体雇佣、委托进行经营管理活动，但只领取劳务报酬或者"提成"、"奖励"等，不拥有所有者权益，不直接参与公司、企业的利润分配。严格地说，如果在其他公司中参股并从事经营活动，既是自己经营也是为他人经营，具有双重性质。但是必须明确，公司法对公司董事、经理规定竞业禁止义务，主要是禁止自己经营和在具有同类营业的其他公司、企业兼职担任董事、经理和其他经营负责人，而不是在其他公司、企业担任普通管理人员，从事一般的管理活动（实际上也很少发生这种情况）。

（4）行为人的经营行为应独立于职务之外，即行为人必须在职务范围之外亲自经营或者为他人经营。如果行为人只是为他人提供了职务范围内的便利，而未亲自主持经营或参与经营，亦不构成本罪，情节严重的构成其他犯罪。

（5）行为人经营活动所从事的营业应与其任职公司、企业所经营的营业同类，即经营范围、种类有相同或者业务之间有某种必然的联系。

（三）非法经营同类营业罪的结果要素

非法经营同类营业行为的结果就是由于行为人的非法经营行为而"获取非法利益，数额巨大"。非法经营同类营业罪是以获取非法利益数额较大为成立要件，所以，如何界定"非法利益"关系到罪与非罪的问题。"非法利益"到底是指董事、经理本人所获取的非法利益，还是自营、他营的公司、企业获取的非法利益呢？

第一种观点认为，它应是指经营的非法获利，而非个人所得。无论是自己经营还是为他人经营，只要非法经营的获利达到数额巨大的标准就构成犯罪，而且实得多少不影响本罪的构成。① 第二种观点认为应当包括行为人个人非法所得与其他单位或个人的非法获利。② 第三种观点认为应指个人所得。其理由为：在我国刑法中，凡是以犯罪数额作为定罪量刑标准的，该犯罪数额要么是指犯罪主体的获利多少，要么是指犯罪受害人的损失大小等，而鲜有以第三者获利多少来作为定罪量刑标准的。因为这既不能显示社会关系受损害的程度，也不能反映行为

① 参见曾月英：《非法经营同类营业罪的几个问题》，载《中国刑事法杂志》1998年第1期，第38页。

② 参见郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社 2000 年版，第 79 页。

主体的主观恶性大小。[1]

笔者认为应该采用第一种说法。这需要首先分析一下第三种的“个人所得”之说。

举例说明：如果一个主体合格的行为人出于友情、亲情为他人经营同类营业，并不收取报酬，很明显行为人的行为是经营同类营业，国家也确定遭受了损失，但是根本就没法计算“非法所得”，依据“个人所得”说，则无法追究行为人的刑事责任，所以这种说法站不住脚。而且本罪的社会危害为国有公司、企业合法利益所遭受的损失，个人所得数额并不与行为的社会危害成正比，即不是个人所得越多，国有公司、企业合法利益受到损害就越大。而且实际上，国有公司、企业因董事、经理经营同类营业所造成的损失一般情况下与董事、经理自己经营或为他人经营的公司、企业因此所获得的利益成正比。个人所得基本上与行为的危害无关，不应考虑在内。第二种观点以折衷的方式试图加上“个人所得”的标准，实际上是在模糊界限。还有在司法实践中，若以自营或他营公司、企业所获取非法利益为标准，行为人很难规避法律制裁，而以个人获利为标准，行为人容易规避法律制裁。当然，本罪的数额大小应以国有公司、企业所遭受的损失大小为标准。

至于获取非法利益的方法无外乎就是转移利润或者转嫁风险，具体而言有三种：

（1）转移国有公司、企业利润给自己兼营的产业，这是常见的一种获取非法利益的形式（转移利润）。

（2）转嫁兼营单位的风险给国有公司、企业。这种获取非法利益的方法也较为常见，行为人兼营的产业常常因为市场的不可知性而存在风险，行为人会利用其任职于国有公司、企业的特殊身份，将风险转嫁给国有单位（转嫁风险）。

（3）转移利润给第三者或帮助第三者转嫁风险，从而通过第三人为自己兼营的产业获得利润或转嫁风险。这种获取非法利益的方法以表面现象掩盖了本质，实质上行为人通过转移利润给第三者以及帮助第三者转嫁风险，从而为自己兼营的产业获得了利益，损害了国有企业的利益。在司法实践中，要严格认定区别与其他相近似的，诸如受贿行为等相似的违法犯罪行为。

总之，在非法经营同类营业罪的客观要件中，结果因素和行为要素是相互联系，缺一不可的。即只有行为人获取了非法利益，数额巨大，而此种非法利益又是通过兼营同类营业获取的，并且其兼营行为又利用了职务便利，才可以认定该

---

① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（上册），中国方正出版社 2001 年版，第 371 页。

行为具备了本罪的客观要件，进而才可能构成非法经营同类营业罪。

（四）本案中非法经营同类营业罪客观构成要件的法理分析

本案中杨文康于 2000 年 4 月被任命为嘉陵—本田发动机有限公司营业部副部长，2000 年 8 月以其母赖发英为法定代表人，以其妻谭继兰、岳母刘学梅和李从兵为股东注册成立重庆嘉本物资销售公司，随后指使其下属黎海以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义，委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售重庆一坪公司生产的 SC15-40 机油给客户，并在销售网络中发出“我公司（即嘉陵—本田发动机有限公司）现推出金装版新型嘉陵—本田纯正用油”字样。同年 9 月至 11 月，嘉本物资销售公司共向嘉陵—本田发动机有限公司的客户销售重庆一坪公司生产的 SC15-40 机油 1 684 件，销售金额 385 805.13 元，获利 115 023.18 元。从上述活动来看，杨文康身为管理人员，利用职务之便——身为营业部副部长主管销售和售后服务，让其亲属经销嘉陵—本田发动机有限公司正在销售重庆一坪公司生产的 SC15-40 机油，经营范围明显是与其所任职公司业务范围同类的经营活动，其实质上就是在自己经营。并且利用职务便利，在嘉本销售的机油包装上打上“我公司现推出金装版新型嘉陵—本田纯正用油”字样从中谋取非法利益达 11 万余元之多，与此相对应的是其所任职的嘉陵—本田发动机有限公司的损失应该至少是 11 万元。并且其获取非法利益的表现形式十分普通，就是前文所述的第一种：即转移盈利性的业务。

综上分析，无论是从其行为要素还是从其行为的结果来看，杨文康的确违法经营了同类营业，并且达到了获取非法利益数额巨大的程度。重庆市沙坪坝区人民法院重庆市第一中级人民法院均确认了其行为的违法性，但是鉴于其所任职的嘉陵—本田发动机不属于国有公司，所担任职务不属于国有公司董事、经理，不属《刑法》第 165 条所界定的范畴，缺乏主体、客体要件，而未按犯罪处理。

七、非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪的异同

在本案的讨论过程中，有一种意见认为，被告人的行为不符合《刑法》第 165 条非法经营同类营业罪，因为其不是“自己经营”也不是“为他人经营”，但是符合《刑法》第 166 条规定的为亲友非法牟利罪。在司法实践中这两罪由于在犯罪构成上有一定的相同之处，区分上存在一定难度，所以笔者将在下面的论述中对两罪进行深入的分析，以利于辨明杨文康一案中适用法律的准确性。

（一）非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪立法概说

根据《刑法》第166条的规定，为亲友非法牟利罪是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营，或者以明显高于市场的价格向自己亲友经营管理的单位采购商品，或者以明显低于市场的价格向自己亲友经营的单位销售商品，或者向自己亲友经营管理的单位购买不合格产品，致使国家利益遭受重大损失的行为。[①]

我国1979年刑法并没有规定非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪，随着我国商品经济的持续发展特别是市场经济体制改革的深入，一些国有公司企业事业单位人员利用职务便利以权谋私现象日益严重，为了有效惩治这类行为而在1997年新刑法中增设了非法经营同类营业罪和非法为亲友牟利罪。[②]

（二）非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪的异同点

1. 两罪的相同之处

非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪都属于妨害公司、企业管理秩序的犯罪，两者相同之处：①犯罪客体都侵犯了公司、企业管理秩序；②犯罪主体都可以由国有公司、企业的有关人员构成，都为特殊主体；③犯罪客观方面，都利用了职务上的便利条件，侵害了国有公司、企业的正常管理活动和利益，损害了国家的经济利益；④犯罪主观方面都处于直接故意，过失都不能构成犯罪。

2. 两罪的主要区别

非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪也存在区别，主要表现如下：

（1）犯罪主体不完全相同，依据刑法第165、166条的规定，非法经营同类营业罪的主体为国有公司、企业的董事、经理，为亲友非法牟利罪的主体为国有公司、企业、事业单位的工作人员。为亲友非法牟利的主体范围明显广于非法经营同类营业罪，国有公司、企业的董事、经理也可以构成为亲友非法牟利罪的主体，国有公司、企业董事、经理以外的人员不能构成非法经营同类营业罪的主体。

（2）犯罪客观方面的表现方式不同。非法经营同类营业罪表现为自己经营或者为他人经营与其任职公司、企业同类性质的营业，属于违反竞业禁止义务的行为；为亲友非法牟利罪表现为将本单位的盈利业务交由亲友经营，以明显高于市

---

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2000版，第407页。

② 参见陈兴良主编：《新旧刑法比较研究——废·改·立》，中国人民公安大学出版社1998年版，第247页。

场价格向亲友经营的单位购买产品或者以明显低于市场价格向亲友经营单位出售商品，或者向亲友单位购买不合格产品，表现为直接损公肥私的行为。非法经营同类营业罪要求行为人为自己或者他人进行的经营与任职单位必须是同类性质的营业，为亲友非法牟利罪行为人任职的公司、企业、事业单位与亲友的单位性质是否同类未作要求。

（3）非法经营同类营业罪进行的必须是经营行为，即行为人不是以个人购买商品或者销售商品的短期行为，而是进行一种经常性的生产、经营行为；为亲友非法牟利罪从刑法的规定来看，大部分进行的是一种短期购买、销售商品的行为，或者偶尔将盈利业务交给亲友进行，行为人自己并没有进行经营，也没有为他人进行经营活动。

（4）构成犯罪的标准不同。非法经营同类营业罪刑法规定以获取非法利益数额巨大为定罪条件，本罪并不以损害国有公司、企业的利益为成立要件。从法理上分析，制定本罪的目的在于贯彻公司法中有关竞业禁止的规定，防止恶性竞争现象的发生。从这一立法目的看，也不要求非法经营同类营业行为必须对国有公司、企业利益造成损害才构成本罪。”[①] 为亲友非法牟利罪以非法行为给国家利益造成重大损失为定罪条件，行为人自己或者亲友是否获利不影响定罪。因此，前者侵害的主要是国家对公司、企业的管理制度和公平竞争秩序，而后者侵害的主要是国有公司、企业、事业单位的财产所有权，是行为人本单位的经济利益。

（5）非法经营同类营业罪与非法为亲友谋利罪的区分还有一点就是利益的去向不同。前者的非法所得由行为人或者他人所得，因而去向比较广泛；后者的利益则为行为人的亲友所得，去向单一。如果行为人在为亲友非法牟利中获取了利益，则应构成其他罪。

总之，区分两罪的关键在于：非法经营同类营业罪要求行为人具有具体的经营活动，并且要求行为人获取了非法利益，而为亲友非法牟利罪责不作上述要求，把握上述关键就能准确的界定违法行为到底触犯何种罪名。

（三）本案中杨文康客观行为的法理分析

本案中被告杨文康身为营业部副部长，指使其下属黎海以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义，委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售重庆一坪高级润滑油公司生产的SC15-40机油给客户，而嘉本公司系杨以其亲属名义设立的。

---

① 参见赵秉志、左坚卫：《非法经营同类营业罪认定中的疑难问题》，载《法制日报》2003年8月21日。

并且，黎海给一坪高级润滑油公司出具嘉陵—本田发动机有限公司授权委托书，要求在包装上印制“嘉陵—本田指定产品”标识。同年9月18日，杨以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义，在销售网络中发出“我公司现推出金装版新型嘉陵—本田纯正机油”的通知，要求用户大力推广，并指定汇款直接汇入嘉本物资公司账户。那么到底杨文康的行为是构成非法经营同类营业还是为亲友非法牟利呢？

笔者以为杨文康的行为确系非法经营同类营业，理由如下：①杨文康身为营业部副部长主管销售零件和售后服务，让其亲属经营其所任职公司同类的营业，明显违反竞业禁止。②杨以积极的作为——指使下属委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售本公司销售的重庆一坪高级润滑油公司生产的SC15-40机油，并在销售网络中发出“我公司现推出金装版新型嘉陵—本田纯正机油”，上述经营行为以积极的方式进行实质性的经营，而非简单的购进、卖出等形式的牟利行为，正是非法经营同类营业与为亲友非法牟利表现方式的不同之处。③杨文康非法经营同类营业所得非法利益巨大，这样的行为结果也是构成非法经营的要件，而为亲友非法牟利则不要求获利巨大，只要求给所在单位造成损失即可成立。综上，杨文康在其职权所及的范围内，将所在公司的业务交由以其亲属名义设立的公司进行经营，就其行为客观方面而言，应当认定为非法经营同类营业，而非为亲友非法牟利。

八、关于完善非法经营同类营业罪的思考

（一）理论界关于完善非法经营同类营业罪的观点简介

立法者规定非法经营同类营业罪的初衷是保护国有资产，防止国有资产的流失，保证国有资产的增值，促进国家经济积累的增加。随着我国非国有经济的发展，民营企业大量地涌现，且已成为社会主义公有制经济的重要补充力量。民营企业在运行过程中同样受到一些违法行为的侵害，但是在法律上并没有对这些行为充分制裁，由此对非国有经济给予法律保护也应被提上议事日程。运用刑法武器来促进国有经济和非国有经济的平等、健康发展，保护非国有经济的正当利益，实现国家的繁荣复兴，已成为当前的一种共识。而非法经营同类营业罪的犯罪主体目前还只限定为国有公司、企业的董事、经理，明显不能完全起到应有的作用，所以笔者在下文结合司法实践以及本案就如何完善非法经营同类营业罪进行论述。

有关《刑法》第165条的修订已经多次被学者们提及，并有多种见解：

有学者认为，《刑法》第165条应该修订为：“公司、企业的董事、经理利用

职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。国有公司、企业的董事、经理犯本罪的，从重处罚。”① 理由为：①非法经营同类营业罪的立法渊源来自于公司法中的竞业禁止的规定，而公司法竞业禁止的规定是适用于所有类型的公司董事、经理，并没有只限定为国有公司的董事、经理。②我国刑法规定非法经营同类营业罪的立法目的是为了保护国有资产，而将本罪的主体只规定为国有公司、企业的董事、经理并不能够充分保护国有资产。③非国有公司的董事、经理的同类营业行为对公司的利益损害也是非常严重的，党的十六大报告明确提出要保护非国有经济。随着国有企业改革的深入，为了更好地贯彻党中央的方针政策有必要运用法律武器加强对非国有经济的保护，以保障国有经济和非国有经济都能正常发展。④从我国刑法的规定来看，妨害公司、企业的管理秩序罪大部分罪名都可以由非国有、公司、企业的工作人员构成，例如，公司、企业人员受贿罪、妨害清算罪。侵犯财产罪一章所包含的职务侵占罪、挪用资金罪也可以由非国有公司、企业的工作人员构成，既然收受贿赂、侵占资产、挪用资产等职务犯罪可以由非国有公司、企业的工作人员构成，同样是利用职务便利的犯罪，非法经营同类营业罪也应当可以由非国有公司、企业的董事、经理构成。⑤从国外对违反竞业禁止义务行为追究刑事责任的法律规定来看，大部分都是将国有和非国有公司董事、经理都作为犯罪主体规定的，如《法国商事公司法》第 452 条规定，对违反竞业禁止义务的董事、经理单处罚金或者监禁。并没有只限定为国有公司的董事、经理，国外法律的规定也值得我们借鉴。

还有学者则建议，将《刑法》第 165 条改为：“公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益数额巨大或者情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。”② 理由为：①犯罪主体范围过于狭窄，在对国有资产加强保护的同时，忽略了同样应予以保护的其他财产。将构成该罪的主体仅限于国有公司、企业的董事、经理；其他企业形式的董事、经理即使违反了竞业禁止义务、获取非法利益数额巨大，也不能追究其刑事责任，只能承担民事责任或者行政责任，法律对犯罪主体限定太过狭窄。②对于某些非法经营同类营业、情节严重但是结果没有得到巨大收益的

① 参见罗朝晖：《非法经营同类营业罪研究》，湘潭大学优秀论文。

② 参见肖智川：《论非法经营同类营业罪的构成与立法完善》，载《政法学刊》2004 年第 2 期。

行为，刑法没有涵盖进去，这些行为与非法经营同类营业获取非法利益、数额巨大的行为相比，社会危害性并不逊色。设立非法经营同类营业罪的立法价值取向主要在于规范公司、企业制度、保护合法的财产关系和经济关系，因此，增加对情节严重行为的惩罚是必要的。

还有学者认为，应该取消非法经营同类营业罪中的“利用职务便利”[①]要件，理由主要有：①“利用职务便利”要件的存在可能会削弱对某些犯罪的惩治力度，如受贿罪，甚至会使一些犯罪分子逃脱法律的制裁。主要是由于此罪与彼罪之间犯罪构成上或多或少地存在某些交叉的地方。而且现实生活中犯罪分子行为的复杂性，产生法条竞合的可能性很多，由于各罪之间刑罚的差异性会给犯罪分子逃避或者减轻惩罚的可能，不利于维护法律的严肃认真和公平公正。②加上“利用职务便利”的要件，容易造成国有企业内部“官大罪轻，官小罪重”的不公平现象。由于非法经营同类营业罪是以特殊主体前提的，所以主体身份的不同对同样的行为适用不同的罪名，而各个罪的法定刑的差异就可能产生不同的刑罚，使同样的行为产生差别很大的后果。③在某些情况下即使未利用职务便利而经营同类营业本身就具有可罚性，因此如果将利用职务便利作为非法经营同类营业的客观要件，不仅不合理，而且也无必要。基于公司法的相关规定，国有公司、经理如果经营同类营业本身就是一种渎职，所以无须是否利用职务之便，还有“获取非法利益，数额巨大”要件的存在已经起到了区分罪与非罪的界限，没有必要再加上“利用职务便利”。

（二）司法实务中对非法经营同类营业罪的认定

在司法实践中在适用《刑法》第 165 条时，法律工作者运用辩证推理，权衡利益轻重，在非法经营同类营业罪适用主体也做了适当的扩大。例如，在湖南株洲适用非法经营同类营业罪第一案中，就对非法经营同类营业罪的适用主体作了扩大适用。2002 年 8 月 28 日湖南省株洲市中级人民法院对株洲市首例非法经营同类营业案作出宣判：被告人刘立华（原湘东化工机械厂下属的汽轮厂厂长）利用职务之便伙同林里莺（原湘东化工机械厂财务处处长）经营与本厂相同的营业，获取非法利益，数额特别巨大，侵犯了国营企业的合法财产权益，其行为构成非法经营同类营业罪。一审判处刘立华有期徒刑 5 年，林里莺有期徒刑 3 年、缓刑 4 年，各处罚金人民币 5 万元；并没收二人非法所得，上交国库。这是株洲市以“非法经营同类营业罪”之罪名判处的第一案，颇为引人关注。从株洲市中

① 参见刘志远：《非法经营同类营业罪中的“利用职务便利”的要件应予取消》，载《检察实践》2002 年第 5 期。

级人民法院的判决可以看出在适用非法经营同类营业罪的主体上没有局限于特定的“国有公司、企业的董事、经理”，该案中对于刘立华的身份认定没有异议，但是刘立华之妻林里莺是湘东化工机械厂的财务处处长，不能说是董事经理一级的管理人员，充其量是中层某一部门负责人员，最后也以非法经营同类营业罪被判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年。可见随着社会的进步，经济改革的深入，为了更好地保护国有资产，同不法行为做斗争，株洲市中级人民法院最终选择了对林里莺适用非法经营同业营业罪名。

当然上述案例还涉及一个共同犯罪的问题，即身份犯和非特定身份人员构成的共同犯罪。相类似的案例在司法实践中不是少数，从另一个侧面也反映了我国现行《刑法》第 165 条的局限性，由于其不能完全适应社会的发展，我们的司法实践者已经或者正在探索一种更为理性的科学的犯罪构成要件的组合。尽管我国是一个成文法国家，判例不被作为法律的渊源，但是我们也不能忽视判例的作用，以及其所折射出来的问题。为了实现设立这一罪名时的初衷，对其进行适当的修改已经成为一种必要。

(三) 关于非法经营同类营业罪犯罪构成之完善的思考

上述几种改进意见都是为了在市场经济改革的大潮中更好的规范市场主体的竞争行为，保障社会主义经济建设的顺利进行而做的有益探索。总的来说主要集中在两点：①在适用主体方面扩大化的呼声较高；②在构成要件上是否保留“利用职务便利”的要件。笔者认为，从杨文康一案的审判结果以及司法实践中的探索所反映出来的问题来看，笔者建议做如下的改进：

1. 从公司法设立竞业禁止根源的角度探讨主体理论上应该包括的内容

公司法规定，董事、经理、监事应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益。董事、经理不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。这就是说，公司的董事、经理或者业务执行人不得从事与本公司营业性质相同的商业行为，不得自行处理与自身利益有关而又可能与公司利益冲突的事务。

我国公司法采取较为严格的做法，禁止董事、经理为自己或为他人经营与其所在公司业务相同的营业。这样规定的指导思想是防止不正当竞争行为的发生和董事、经理等利用其特殊的地位而损害公司利益。市场经济中竞争是不可避免的，但是由于董事、经理所处的地位使其知悉公司的决策以及商业秘密，而他们的职位要求他们必须忠于自己的职责而不能背离公司，更不能做出有损于公司利益的事情。既然竞业禁止面对的是受公司法调整的所有公司企业的董事、经理，为什么在刑法中就要局限为国有公司、企业的董事、经理呢？难道只有国有财产需要刑法的保护，而非国有性质的资产就不存在由于其董事、经理的经营同类营

业而受到损失的可能？就不需要刑事法律的保护而只进行民事上的追究？答案当然是否定的，而且若排除对非公有制经济成分的平等保护也与我国《宪法》第11条第2款“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益”的精神不符。所以笔者以为没有必要仅限定为国有公司、企业的董事、经理，而应给予所有以公司法设立的公司、企业同等的适用和保护。

2. 从维护非公企业的财产利益角度探讨，主体适用也亟待进一步扩大

（1）本文前面提到，国有公司包括资产全部为国家以及国家绝对控股两类，国家相对控股或者国家参股的公司不属于国有公司。这类包含了国有资产的公司的董事、经理不能构成非法经营同类营业罪的主体，则对这类公司的国有资产不能起到保护作用。为了防范在国企改革、企业股份制等过程中国有资产的流失，笔者认为如果立法机关规定非国有公司、企业的董事、经理也构成本罪，则国有资产也能够得到充分保护。

（2）当条件成熟的时候，可以将非国有公司、企业的董事、经理纳入非法经营同类营业罪的犯罪主体。随着国有企业的改革，一部分国有公司、企业实行私有化，纯正的国有经济所占的比率在企业中会逐渐减少。将非法经营同类营业罪的主体规定为国有和非国有公司、企业的董事、经理，可以充分地保障国有经济和非国有经济都能正常地发展，促进国民经济稳定、持续地增长。笔者认为，立法机关之所以规定只有国有公司、企业的董事、经理才构成犯罪，其目的是保护国有资产，而将非国有公司、企业的董事、经理规定为本罪的主体，并不影响保护国有资产的立法目的。

（3）在适用主体上，如果仅仅局限在国有公司、企业的董事、经理也不能完全起到保护公司资产的作用。因为在公司中一些管理人员可能本身为普通管理人员中层乃至基层，但是由于企业管理中分工的原因，这些非董事、经理完全可能因为职务原因而掌握企业某一部门的核心秘密，比如专利技术、销售渠道、客户资源等等，如果这些基层管理人员因经营同类营业，获取非法利益，给任职公司造成重大损失。由于《刑法》第165条对于适用人员的严格限定而无法追究其应得的刑事责任，起不到法律的保护作用。联系到杨文康案中就是因为杨文康主体身份的不适格，而无法追究其刑事责任。但是其在经营过程中非法获利巨大，仅上交所得了事，很明显有违公允。

3. 本案中适用非法经营同类营业罪的法理分析

在杨文康一案中，重庆市沙坪坝区人民法院和重庆市第一中级人民法院均认定重庆嘉陵—本田发动机有限责任公司为中外合资企业，非国有公司、企业，而且杨文康仅为营业部副部长，而非董事、经理一级的单位负责人，所以尽管杨文

康实际上经营了与其所任职的公司的同类营业，非法获利巨大，给任职公司造成了巨大损失，但是依据现行《刑法》第 165 条的规定，却不能确认检察院所指控的罪名。

综上所述，由于我国是以成文法为主的法律体系，成文法因其本身固有的僵化不灵活的特性，而很难在制订时就穷尽社会生活中需要法律给予评价的种种现象，所以和社会发展步伐相比常常表现出滞后和不能适应形势发展，但是作为成文法典还必须保持其相对的稳定性和严肃性，以维护法律的尊严。因此，对成文法部分条文的修订和解释成为必要。笔者以为主体范围应当扩展到所有依据公司法设立的各种形式的公司、企业，而不是单独局限为国有公司、企业。这不仅是我国社会主义市场经济健康发展的内在要求，也是贯彻党的方针、政策，从法律上给予国有经济成分和非国有经济成分同等待遇的必然。对于取消“利用职务便利”要件之说，笔者不敢苟同，“构成本罪，必须以利用职务的便利为前提，否则，行为人并未利用职务便利则不能构成本罪”①。因为正是由于利用了职务上的便利，才能使得行为人拥有更多的便利条件，以一种更为优越的位置参与市场竞争，经营同类业务，获取非法利益。而且，取消“利用职务便利”的条件约束，行为人经营同类营业似乎更是一种平等的竞争了，没有什么必要用该罪去给予法律制裁了。所以，笔者不同意取消“利用职务便利”的要件。

九、结语

在社会主义市场经济建设过程中，企业经营方式、资本组合模式以及产权构成等均会有一系列的连锁反应。尤其是资本构成方式的复杂化，导致原本用来调节经营管理秩序的法律条文表现出僵化和滞后，跟不上经济形式的需要。反映在杨文康一案中，即由于《刑法》第 165 条严格地限定为国有公司、企业的董事、经理，局限了主体的适用范围，而无法在司法实践中更好的发挥刑事法律的调节作用。宪法已经明确规定非公有制经济成分的地位，并且在非国有公司、企业所聘用的经理等负责人完全有可能利用职务的便利，经营同类营业，损害任职公司、企业以及公司普通股东的利益，所以有必要限定非国有公司的董事、经理的营业范围，用法律的手段给予非公有制经济成分充分的保护。

有鉴于此，笔者认为从刑法设立非法经营同类营业罪的立法精神出发，结合司法实践，对于非法经营同类营业罪应作适当的修改。①主体方面不应局限在国有公司、企业的董事、经理；②在构成要件方面也应进一步完善。其实，在成文

① 参见龚培华、肖中华：《刑法疑难争议问题与司法对策》，中国检察出版社 2002 年版，第 353 页。

法国家都不可避免地存在法律的相对滞后和司法实践的灵活多变的矛盾，所以我们应该重视判例的研究，以法律规定来规范实践，再通过实践检验，促进法律的发展和完善。

（撰稿人　张雪莉*）

* 中国专利保护协会，法律硕士。

附录一：

重庆市沙坪坝区人民法院刑事判决书

（2001）沙刑初字第179号

公诉机关：重庆市沙坪坝区人民检察院

被告人杨文康，男，32岁，1968年12月14日出生，出生地四川省江安县，汉族，大学文化，原任嘉陵—本田发动机有限公司营业部副部长，现任中国嘉陵工业股份有限公司（集团）山西省太原销售分公司经理，住重庆市沙坪坝区詹家溪自由村14-5-2号。

辩护人蔡永琪，男，重庆学苑律师事务所律师。

辩护人齐方新，男，重庆学苑律师事务所律师。

重庆市沙坪坝区人民检察院以渝沙检刑诉（2001）83号起诉书指控被告人杨文康犯非法经营同类营业罪，于2001年3月21日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。重庆市沙坪坝区人民检察院指派检查员宋红斌、邹祥出庭支持公诉，被告人杨文康及辩护人蔡永琪、齐方新到庭参加诉讼，现已审理终结。

重庆市沙坪坝区人民检察院指控，2000年7月，被告人杨文康为牟利，拟用重庆一坪高级润滑油公司所生产机油取代嘉陵—本田发动机有限公司指定的上海嘉德士公司所产机油，让其亲属注册成立重庆嘉本物资销售公司，利用职务之便以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义委托嘉本物资销售公司销售重庆一坪高级润滑油公司产的SC15-40机油给嘉陵—本田发动机有限公司的用户，在销售网络中向用户发出推荐通知，指定汇款直接汇入嘉本物资销售公司的账户。同年9月至11月，嘉本物资销售公司向全国各地30余户商家销售SC15-40机油1 684件，实现销售收入385 805.13元，非法牟利115 023.18元。指控的证据有证人证言、书证、物证、司法会计鉴定结论等。认定被告人杨文康的行为构成非法经营同类营业罪，应依照《中华人民共和国刑法》第165条的规定处罚。

被告人杨文康辩解，我不是公司的经理、董事，仅是营业部副部长，不具备主体资格；不是为牟利，只想为妻子换个轻松的工作，没有在嘉本物资销售公司

获得好处，我的行为不构成犯罪。

辩护人意见，被告人杨文康的行为不构成非法经营同类营业罪。①不具备特殊主体的资格，他不是公司的董事、经理。②他没有非法获利的主观故意。③嘉陵—本田发动机有限公司不属国有公司，客体要件不具备。

经审理查明，嘉陵—本田发动机有限公司系中国嘉陵工业股份有限股份（集团）与日本本田株式会社等额出资各占50%的股份之合资公司。被告人杨文康于2000年4月被嘉陵—本田发动机有限公司董事会聘任为营业部副部长，主管销售零件及售后服务工作。2000年7月，杨文康拟增加重庆一坪高级润滑油公司所产SC15-40型机油为指定用油，并将该项业务交由其亲属经营。后杨文康以其母赖发英为法人代表，其妻谭继兰、岳母刘学梅和李从兵为股东，于2000年8月8日登记注册成立重庆嘉本物资销售公司，后指使下属黎海以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售重庆一坪润滑油公司所产SC15-40机油给客户，黎海给重庆一坪高级润滑油公司出具嘉陵—本田发动机有限公司授权委托书，要求在包装上印制“嘉陵—本田指定产品”标识，9月18日杨文康同意以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义在销售网络中发出用户通知，“我公司现推出金装版新型嘉陵—本田纯正机油”（本田王专用），要求用户大力宣传推广，指定汇款直接汇入嘉本物资销售公司账户。9月至11月，嘉本物资销售公司先后共向嘉陵—本田发动机有限公司的用户销售重庆一坪高级润滑油公司所产的SC15-40机油1 684件，销售额385 805.13元，获利115 023.18元。后被日方代表发现，终止了嘉本物资销售公司继续销售的活动。

以上事实，证据有：①书证，证明杨文康的身份职务和嘉陵—本田发动机有限公司的性质。②证人黎海的证言，证明帮助杨文康注册嘉本物资销售公司、委托其为代理商、向广大用户推荐与一坪高级润滑油公司签订供货合同、印制嘉陵—本田标识的事实。③证人谭继兰、李从兵、赖发英、刘学梅的证言，证明嘉本物资销售公司成立、经营的事实。④证人刘帮建、邵毅的证言，证明与嘉本物资销售公司建立业务关系供货和受委托印制嘉陵—本田标识的事实。⑤司法会计鉴定结论，证明嘉本物资销售公司经营状况。⑥书证，杨文康签字认可的委托书及通知。证据经法庭质证，取证程序合法，内容客观真实，能互相印证，已当庭确认。

本院认为，被告人杨文康系合资企业的管理人员，利用职务之便，让其亲属经营与所任职务的公司业务范围同类的营业活动，从中牟取非法利益，其行为损害了合资企业的利益，系违法行为。鉴于其所任职的嘉陵—本田发动机有限公司

不属国有公司，所担任的职务不属国有公司董事、经理，不属《刑法》第 165 条所界定的范畴，缺乏主体、客体要件，可不按犯罪处理。检察机关指控的事实成立，指控的罪名与法律规定不符，本院不予支持。辩护人提出的主体、客体要件不具备的观点成立，本院予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第 3 条和《中华人民共和国刑事诉讼法》第 162 条第 2 项的规定，判决如下：

宣告被告杨文康无罪。

如不服本判决，可在接到判决书的第 2 日起 10 日内，通过本院或者直接向重庆市第一中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉书正本一份，副本两份。

审判长：王新立

代理陪审员：陈昆伦

人民陪审员：熊静

2001 年 5 月 24 日

书记员：张瑞雪

附录二：

重庆市第一中级人民法院刑事裁定书

（2001）渝一中刑终字第455号

抗诉机关：重庆市沙坪坝区人民检察院

原审被告人杨文康，男，32岁，1968年12月14日出生，汉族，出生地四川省江安县，大学文化，原任嘉陵—本田发动机有限公司营业部副部长，现任中国嘉陵工业股份有限公司（集团）山西省太原销售分公司经理，住重庆市沙坪坝区詹家溪自由村14-5-2号。

辩护人赵长青、余琳，重庆金明律师事务所律师。

重庆市沙坪坝区人民法院审理重庆市沙坪坝区人民检察院指控原审被告人杨文康犯非法经营同类营业罪一案，于2001年5月24日作出（2001）沙刑初字第179号刑事判决，宣告被告人杨文康无罪。重庆市沙坪坝区人民检察院提出抗诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案，重庆市人民检察院第一分院检察员冉劲出庭履行职务，原审被告人杨文康及其辩护人赵长青、余琳到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原判认为，嘉陵—本田发动机有限公司系中国嘉陵工业股份有限公司与日本本田株式会社等额各占50%股份的合资公司。被告人杨文康于2000年4月被嘉陵—本田发动机有限公司董事会聘为营业部副部长，主管销售零件及售后服务工作。2000年7月，杨文康拟增加重庆一坪高级润滑油公司所产SC15-40型机油为指定用油，并将该项业务交由其亲属经营。后杨文康以其母赖发英为法人代表，其妻谭继兰、岳母刘学梅和李从兵为股东，于2000年8月8日登记注册成立重庆嘉本物资销售公司，后指使下属黎海以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售重庆一坪润滑油公司所产SC15-40机油给客户，黎海给重庆一坪高级润滑油公司出具嘉陵—本田发动机有限公司授权委托书，要求在包装上印制“嘉陵—本田指定产品”标识，9月18日杨文康同意以嘉陵—本田发动机有限公司营业部的名义在销售网络中发出用户通知，“我公司现推出金装版新型嘉陵—本田纯正机油”（本田王专用），要求用户

大力宣传推广，指定汇款直接汇入嘉本物资销售公司账户。9 月至 11 月，嘉本物资销售公司先后共向嘉陵一本田发动机有限公司的用户销售重庆一坪高级润滑油公司所产的 SC15-40 机油 1 684 件，销售额 385 805.13 元，获利 115 023.18 元。后被日方代表发现，终止了嘉本物资销售公司继续销售的活动。上述事实，有原审法院经庭审质证予以确认的下列证据证实：(1) 书证，证明杨文康的身份职务和嘉陵一本田发动机有限公司的性质；(2) 证人黎海的证言，证明帮助杨文康注册嘉本物资销售公司、委托其为代理商、向广大用户推荐与一坪高级润滑油公司签订供货合同、印制嘉陵一本田标识的事实；(3) 证人谭继兰、李从兵、赖发英、刘学梅的证言，证明嘉本物资销售公司成立、经营的事实；(4) 证人刘帮建、邵毅的证言，证明与嘉本物资销售公司建立业务关系供货和受委托印制嘉陵一本田标识的事实；(5) 司法会计鉴定结论，证明嘉本物资销售公司经营状况。(6) 书证，杨文康签字认可的委托书及通知。

原判认为，被告人杨文康系合资企业的管理人员，利用职务之便，让其亲属经营与所任职务的公司业务范围同类的营业活动，从中牟取非法利益，其行为损害了合资企业的利益，系违法行为。鉴于其所任职的嘉陵一本田发动机有限公司不属国有公司，所担任的职务不属国有公司董事、经理，不属《刑法》第 165 条所界定的范畴，缺乏主体、客体要件，可不按犯罪处理。据此，原判依照《中华人民共和国刑法》第 3 条和《中华人民共和国刑事诉讼法》第 162 条第 2 项的规定，判决被告人杨文康无罪。重庆市沙坪坝区人民检察院提出抗诉认为，原判定性、适用法律错误，判决不当。其理由是：(1) 嘉陵一本田发动机有限公司系国有中国嘉陵机器厂与日本本田株式会社合资经营，中方控股 50%，且该公司根据其章程规定为中国法人，合资并不能改变中方控股的国有性质；(2) 随着改革深化，开放扩大，企业已改变了过去那种成分单一的状况，但是并不能改变其中国企业股份的国有性质。嘉陵一本田发动机有限公司系国有企业控股的企业，应属国有区域。仅视合资的形式，忽视国有股份在该企业控股的事实，对被告人杨文康这类行为不定罪处罚，势必对国有企业的生存和发展带来负面影响；(3) 被告人杨文康由嘉陵一本田发动机有限公司董事会聘任为该公司营业部副部长，系该公司经营班子成员，公司高级管理人员，属于《刑法》的第 165 条界定的国有公司的经理；(4) 被告人杨文康在担任嘉陵一本田发动机有限公司营业部副部长期间，利用职务之便，擅自以该公司营业部的名义委托由其家人注册的公司经营与其所任职公司的同类业务，获取非法利益 115 023.18 元，数额巨大，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 165 条，犯有非法经营同类营业罪。要求撤消原判，依法改判。

重庆市人民检察院第一分院认为，原判认定的事实清楚，证据确实，但定性和适用法律错误，判决不当。嘉陵一本田发动机有限公司是中国法人，嘉陵机器厂是国有企业，投入的是国有资产，不能因为有外资投入而否认国有企业的控股，这样不利于对国有资产的保护；杨文康是公司董事会聘任的，对董事会负责，是公司经营班子的成员，高级管理人员，其负责的工作是总经理职责的细化。因此，杨文康应属国有公司的经理，其行为已构成非法经营同类营业罪，要求依法改判。

原审被告人杨文康提出，嘉陵一本田发动机有限公司是合资公司，不是国有公司，其担任的营业部副部长不是公司经营班子成员，只是具体执行者，没有谋利的想法，相信法院公正判决。

原审被告人杨文康的辩护人提出，《刑法》第 165 条所指的国有公司、企业是指财产国家所有的、依法自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产、经营单位。包括国有独资公司，两个以上的国有公司、企业之间的联合企业，两个以上由国家投资主体投资设立的有限责任公司。而被告人杨文康所在的嘉陵一本田发动机有限公司是一个中日合资企业，中方和日方的股份各占 50%，根据《公司法》第 3 条第 2 款规定[①]：有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任，就是说无论发起人、参股人的性质是国有、集体、个人或外国公司，一经成立就具有完全的、独立的性质，不同于参股、入股人的国有公司、企业的性质。《公司法》第 4 条规定[②]：公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利。所以，公司财产在性质上属于独立、完全的法人财产。最高人民法院《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》的司法解释中指出，国有资产出资入股后，便丧失了出资的控制权，所有权变成了公司的股权，国有资产只享有股东应有的权利，公司便拥有独立的法人财产。因此，把合资企业说成是国有企业是不科学、不符合立法精神的。抗诉书混淆了入股的财产性质与法人财产性质的界限。我国《刑法》第 165 条上所称的经理是指在董事会的领导下，全面负责公司、企业日常经营管理的经理，是董事会的执行机构。并不是指公司、企业内部为了工作需要而设置的一些部门经理、主任、部长之类的管理人员。被告杨文康任职的企业是一个中日合资企业，其担任的职务是公司下设的销售部副部长，并

① 2005 年 10 月 27 日修订的《公司法》的相关规定也在第 3 条第 2 款。

② 2005 年 10 月 27 日修订的《公司法》的相关规定也在第 4 条，但行文有所变化。

不能代表公司、企业，只是公司基层管理部门的负责人之一。因此，杨文康不具备非法经营同类营业罪的犯罪主体资格，指控的犯罪不能成立，要求驳回抗诉，维持原判。

经开庭审理，检察机关、原审被告人杨文康及其辩护人对原审法院判决认定的事实和证据均无异议，本院予以确认。

本院认为，由于嘉陵工业股份有限公司与日本本田株式会社等额出资成立的嘉陵—本田发动机有限公司系中外合资经营公司。根据《中华人民共和国中外合资经营企业法》第 2 条第 3 款："国家对合营企业不实行国有化和征收"和《公司法》关于有限责任公司的规定，嘉陵—本田发动机有限公司不属于国有公司。而《刑法》第 165 条所规定的必须是国有公司、企业的董事、经理这一特殊主体才构成本罪。原审被告杨文康虽然利用职务之便，实施了让其亲属经营与其所任职的公司业务范围同类的经营活动，从中牟取非法利益，但其任职的公司系中日合资公司，不属国有公司，抗诉机关指控杨文康犯非法经营同类营业罪的抗诉理由不能成立。原审法院判决认定事实和适用法律正确，审判程序合法。原审被告人杨文康及其辩护人关于"嘉陵—本田发动机有限公司不属国有公司，杨文康不是国有公司经理，杨文康不构成非法经营同类营业罪"的辩解、辩护意见，审理属实，可予采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第 1 项的规定，裁定如下：

驳回抗诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长：贾双伍
代理审判员：李重基
代理审判员：江玲
2001 年 12 月 10 日
书记员：胡东平

中国股市第一刑案
“中科创业”案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、操纵证券交易价格行为的法律界定
六、本案中犯罪客观方面存在的问题
七、本案中的单位犯罪问题
八、本案中主观故意的证明问题
九、本案中的此罪与彼罪问题
十、本案中涉及的共同犯罪问题
十一、结语
附录一：北京市第二中级人民法院刑事判决书
附录二：北京市高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

本案被媒体称为“中国股市第一案”，其违法犯罪规模之大、手段之多足可以作为我国股票市场“庄股”操作的教科书。它全景式地展示了“庄家”从选股融资，到吸筹建仓，到炒作拉升，到包装建系，乃至于最后崩盘的整个过程。在“中科创业”案中，吕新建等人通过各种违规行为，动用全国20多个省市的120余家证券营业部1 500多个股票账户，前后融资54亿余元，将一支被1997年香

港地区一场“禽流感”折磨得只剩一口气的垃圾股“ST 康达尔（股票代码 0048)”包装炒作成一支曾在1998年、1999年到2000年连续26个月被《中国证券报》公布位列风险最小的十支股票榜首、被道·琼斯选入中国样本指数，还被《证券周刊》列为“可以放心长期持有”的一支大牛股；将其股价一路推高至2000年2月25日的84元。崩盘后狂跌到几块钱，并带动其他几支“中科系”股票“跳水”，几乎引发了一场“股灾”，不少投资者因此而倾家荡产或者负债累累；由此引发了股票市场的信任危机，是此后相当长时间我国股市低迷、交易冷清的重要原因。这一案充分暴露了操纵证券交易价格罪对证券交易秩序的破坏之巨，对公众利益的影响之广。

由于此前缺乏关于操纵证券交易价格罪的实际案例，本案案情又重大复杂、专业性极强，加上法律规定的概括、模糊，使得在案件的整个诉讼过程中充满各种理论争议与实践难题。对这一案件的查处可以说揭破了我国不规范、不健全股市的层层黑幕，将林林总总的违规、违法、乃至犯罪现象暴露的一览无遗。对本案进行深入的法理探讨，对以后此类案件的审判实践无疑具有积极而深远的影响。故将该案入选本书。

二、基本案情

法院查明：1998年11月至2001年1月间，吕新建（别名吕梁，另案处理）与朱焕良（另案处理）经合谋，意图操纵股票代码为“0048”、股票名称为“康达尔”(后更名为中科创业，以下简称0048股票）的流通股，双方为此签订了合作协议，按一定比例共同持有0048股票。后吕新建先后指使被告人丁福根、庞博、边军勇等人并联合被告人上海华亚实业发展公司、董沛霖、李芸、何宁一等人（或机构）在北京、上海、浙江等二十余个省、自治区、直辖市以北京克沃科技有限公司等单位或被告人丁福根、边军勇等个人名义，与百余家出资单位或个人签订合作协议、委托理财协议等，筹集资金共计约54亿余元，在申银万国证券股份有限公司上海陆家浜营业部、中兴信托投资有限责任公司北京亚运村营业部等120余家营业部，先后开设股东账户1 500余个。通过大量收购0048公司法人股，吕新建控制了该公司董事会，后将公司名称变更为“中科创业”，并通过发布开发高科技产品及企业重组等利好消息，影响0048股票的交易价格。法院查明，在操纵0048股票的过程中，丁福根、庞博根据吕新建的指令在与朱焕良商定了0048股票交易的时间、价位、数量后，亲自或指定他人接盘0048股票。丁福根、庞博、何宁一、李芸、边军勇等人利用开设的多个股票交易账户和股东账户，集中资金和持股优势，联合、连续对0048股票进行不转移所有权的自买

自卖等操纵活动。吕新建一方最高持有或控制 0048 流通股 5 600 多万股，占流通股总量的 55.36%，严重影响了 0048 股票的交易价格和交易量。

法院还查明，董沛霖在担任上海华亚实业发展公司法定代表人期间，明知吕新建意图操纵 0048 股票，仍与公司总经理李芸及杭州华亚实业公司法定代表人何宁一商定，通过帮助吕新建融资为各自所在公司获取利益，共为吕新建融资人民币 7.7 亿元。边军勇在明知吕新建意图操纵 0048 股票的情况之下，按照吕的指令融资人民币 1.5 亿元，并按照丁福根、庞博的指令购买或转托管 0048 股票。

三、裁判要旨

为获取不正当利益，明知他人意图操纵股票价格，仍采取多种方式帮助其融资，并按其指令指使他人或直接参与操纵股票价格，严重影响股票的交易价格和交易量，侵害了国家对证券交易的管理制度和投资者的合法权益，情节严重，构成我国刑法第 182 条所规定的操纵证券交易价格罪。行为人在与其有关联的证券公司营业部分别开设资金账户，并在资金账户下非法开立多个股东账户，在操纵股票的过程中，虽然发生了股票在不同股东账户间的转移，但这种转移或发生在上述非法开立的账户之间，或与行为人的操纵行为有关，以这种方式进行交易，不但没有使股票所有权发生转移，而且造成该股票交易活跃的假象，影响了投资者对股市行情的判断和股票的交易价格。这种交易行为属于不转移证券所有权的自买自卖行为。

四、引发的理论问题

透过控辩审三方围绕本案定性的有关交锋和定论，可以发现在认定操纵证券交易价格罪时，需要澄清以下理论问题：

1. 什么是操纵证券交易价格行为。本案辩护人将操纵违法行为与一般投机行为混淆，以所谓巴菲特价值投资理论为其疯狂炒作披上理性、科学的外衣，并为被告人作无罪辩护。因此，要正确处理本案，首先必须明确什么是操纵证券交易价格行为。

2. 如何把握操纵证券交易价格罪的构成特征。本案中双方争议的焦点在本罪的客观方面，本案中行为人的行为是否符合本罪的构成特征，如何理解“情节严重”，以及对法条中“自买自卖”、“获取不正当利益或转嫁风险”的理解都是本文中笔者重点加以探讨的问题。

3. 如何把握操纵证券交易价格罪的单位犯罪形态。本案中控辩双方就丁福根的行为是单位犯罪还是个人犯罪、上海华亚实业发展公司是否构成本案共同犯

罪主体之一，以及华亚公司内部人员责任分配产生了争议。因此，我们必须结合案情对操纵证券交易价格罪的单位犯罪形态问题进行探讨。

4. 如何认定操纵证券交易价格罪的主观方面。本案中控辩双方对于操纵证券交易价格罪主观故意的内容产生了争议，同时由于内心真意难以琢磨，如何证明犯罪故意成为控方的难题，因此，对此问题也需要加以论述。

5. 如何划清操纵证券交易价格罪与其他相关罪名之间的界限。本案中各个犯罪人所从事的犯罪行为从性质上讲是各不相同的，融资、交易、发布消息等行为也可能独立构成犯罪，如何确定被告人所触犯的罪名，防止漏罪？我们必须探讨这些罪名与操纵证券交易价格罪的关系，结合案情正确认识犯罪性质，划清此罪与彼罪之间的界限。

6. 如何确定各共同犯罪人的刑事责任。本案中控辩双方就各犯罪人是否具有共同犯罪故意，以及各犯罪人在共同犯罪中所具有的地位、作用产生争议，我们必须根据既有理论成果对本案共同故意的确定与主犯的界定进行研究。

五、操纵证券交易价格行为的法律界定

在本案的审理过程之初，辩护人不约而同地为各被告人进行了无罪辩护，这在我国其它同样具有重大社会影响的刑事案件审理当中并不多见。被告人及其辩护律师提出所谓“巴菲特价值投资理念”，以此来论证被告人们的行为并非操纵证券交易价格的犯罪行为，而是一种投资理财的正当操作，或许其中存在些微违规行为，也仅属于行政执法的范畴。

是什么原因使得这些有着丰富法学知识与实践经验的律师们作出这种判断呢？这与对证券投资的理解是分不开的。事实上，证券市场可以说是一个以金钱作赌注比输赢的市场，要想使股票投资丝毫不具有投机性，那完全是天真的幻想。证券市场作为一种基本的融资工具，也恰恰是通过高风险投机的高收益回报来吸引投资者，从而完成其调控资本配置的使命。投机就必然伴随风险，而投资者们总会采取各种方法降低、回避、转嫁风险，因此，只要证券市场存在就难以避免这样那样的炒作行为。这一方面减弱了对操纵证券行为道德谴责的程度，另一方面也混淆了操纵证券交易价格这一违法行为与正常、合理的证券理财行为的界限。而在个人资本尚不充足的今天，为维持证券市场的繁荣，还需要具有雄厚实力的机构或个人投资者的介入，因此在一段时间里证券监管部门对所谓“庄家”甚至采取了纵容的态度，真正查处的只是众多违法者中的一小部分，这也使得社会公众的价值评价标准发生了偏离，把“庄家”的幕后操纵看作是理所当然的事，甚至非理性地研究“庄家”动向，“跟庄”云云甚嚣尘上，而本应有着起

码职业操守的证券从业人员也以行业惯例为由放松职业自律。

在证券市场上，证券的交易活动是以证券价格为中心的。据统计，在为数不多的几类证券犯罪中，发生最频繁的是操纵证券交易价格罪。1993 年 10 月至 1998 年 12 月间，中国证监会公布的 60 个处罚决定中，操纵证券交易价格违法案件占到 30%的比重。[①]

有价证券本身的资本虚拟性和价格不确定性决定了证券本身无实质价格，其价格依赖于投资者对各种投资讯息的判断和市场的供需情况。具体地说，影响股价波动的因素除了公司的业绩和利息率以外，还有公司的营利能力和发展前景，国家宏观经济形势，货币供应量，居民的投资意向和态度，等等。股票价格就是受这些因素的影响而上下波动的。由于证券市场浩如烟海，而证券价格作为反映宏观市场整体与微观证券个体的晴雨表，对于发现市场热点、引导投资取向起到了指示性的作用，证券价格的升降根本上反映着投资者投资信心的变化，这一变化反过来又推动价格同趋势的变化，因此影响价格的任意因素发生变动，它的作用、效能都会被放大，因此特定股票价格的范围在实践中准确测定几乎是不可能完成的任务。这就更加使得推动股价变化的各种合法行为、打擦边球的“灰色行为”与本罪中操纵证券价格的犯罪行为难以区分。因此，我们必须对“操纵”本身的性质内涵、行为外延进行深入地研究，来明确罪与非罪的界限。

（一）操纵证券交易价格行为的概念

1. 观点争鸣。综观各国证券法律，鲜有对“操纵”直接下一准确之定义者。大概是因为市场操纵行为无疑属于智慧型的业务违法犯罪活动，其层出不穷的行为方式远不能为寥寥数语的定义所能涵盖；而且，随着时代的推移、技术的进步和交易方式的改变，操纵的方式会有繁衍扩张之可能，所以对“操纵”下一准确的法律定义实属不易。然而，这并不意味着没有必要在理论上对“操纵”下一个科学的定义。科学的定义可以使之与其他相似的概念（如欺诈、合法的投机行为等）区分开来，不至于造成理解上的混淆和执行上的困难。美国 1934 年《证券交易法》（Securities Exchange Act）的反操纵条款，开创了禁止操纵证券市场和市场保护的立法先河。[②] 但美国成文立法并未对市场操纵行为下定义。美国的一些学者和实务界人士，试图为操纵下一个科学的定义，提出了不少自己的见解。有代表性的如：

（1）《布莱克法律辞典》对操纵的解释为：意图造成某证券交易处于活跃状

① 参见白建军主编：《金融犯罪研究》，法律出版社 2000 年版，第 550—551 页。

② 参见杨志华：《证券法律制度研究》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 281 页。

态的虚假的或误导性的现象，或者抬高或压低证券的价格，以诱使他人购买或出售该证券而进行涉及买卖某一证券的系列交易行为（Series of transactions involving the buying or selling of a security for the purpose of creating a false or misleading appearance of active trading or to raise or depress the price to induce the purchase or sale by others）。[①] 这一定义着重从理论上分析“操纵”行为的内涵，强调了操纵行为的欺诈性，及其通过行为诱使他人从事证券交易的目的，这体现了“操纵”行为的根本性质。但其不足之处在于外延的范围相对狭窄，许多同样具有这种性质的行为没有包含在内：①操纵行为未必都是证券买卖的交易行为。例如，消息散布者直接或间接从证券商或买卖证券的人处获取报酬，以诱使他人买卖该证券为目的，散布有人买卖该证券以抬高或压低证券价格的消息，此亦为操纵行为的类型之一。②“抬高或压低”，未能涵盖违反政令实施安定操作以钉住（pegging）、固定（fixing）、稳定价格（stabilizing）的情形。[②]

（2）有学者认为操纵是“意图诱使人们参与证券交易或者创造一个人为的证券价格水平的行为”（conduct intended to induce people to trade a security or force its price to an artificial level）。[③] 此定义的问题在于它过于宽泛，合法的行为有可能包括在内。例如在证券发行过程中经主管部门批准而实施的安定操作。甚至将价值最大化的交易（即双方都获益的交易）也包括在内。若某甲向某乙发出要约，某乙接受，某甲“诱使”某乙进行了交易，但该交易使双方均获益，这并不是“操纵”。交易双方对某证券的价值有不同的估价，对风险的承受能力不同，对资金的流动性有不同的需要，所以在上述任何一种情况下有可能是交易双方都受益。[④]

（3）操纵被定义为“故意干扰证券市场供求的自由运行”（deliberate interference with the free play of supply and demand in the security markets）。[⑤] 这一定义指出了操纵行为侵害的客体，即合规律的证券市场秩序，但较前者更为泛化，因为没有对“干扰”（interference）进行准确定义，这只是一个循环论证。

---

① *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co.，1979，p868.

② 参见沈厚富：《证券交易市场操纵行为的法律分析》，载梁慧星主编《民商法论丛》第7卷，法律出版社1997年版，第78、79页。

③ Steve Thel：The Original Conception of Section 10（b）of the Securities Exchange Act，42 STAN. L. REV. p385，393（1990）.

④ Daniel R. Fischel&David J. Ross：Should the Law Prohibit “ManiPulation” in Financial Markets? 105 HARV. L. REV. P503，507—508（1991）.

⑤ Twentieth Century Fund，Inc.，Stock Market Control，p107（AlfredL. Bernheim，Evans Clark，J. FrederickDewhurst&Margaret G. Schneider eds.，1934）.

而且，所有的交易者都是供求力的部分。此操纵的定义假设某些交易者对证券有合法的需求，而其他的交易者却没有。但是，缺乏对合法的需求与非法的需求之间的区分，因此对市场供求的干扰的定义也无法对操纵的定义作出科学的解释。此外，严格地说任何证券违法行为都是在干扰证券市场供求的自由运行，这种定义仅具有证券违法行为的识别意义。

（4）美国证券交易委员会（SEC）的网站上，对操纵（Manipulation）的解释是“有意识地通过控制或人为干预某种证券的市场行情而欺诈投资者的行为。他可能包含多种影响对某股票供求关系的技巧，它们包括：散布关于某公司的虚假的或误导性的信息；或不正当地限制公众可以获得的股票数量；以及通过控制报价、价格或交易来创造关于某一证券的需求的具有欺骗性的假象。”这种定义从操纵行为的性质、内涵与外延两个方面进行了概括，显然相对于前面几组定义更为科学：指出了操纵行为的欺诈性质，行为对象是某一证券的市场行情（即包括交易价格与交易量），同时笔者认为“控制”、“人为干预”等用语准确的表达了“操纵”的结果并非必然是唯一确定的，而一般是大体的、模糊的，是对趋势的控制。同时也并不要求发生投资者上当受骗的结果，而是以是否实施了上述欺诈投资者的行为论。这完全可以成为我国立法的借鉴。

在我国，对于是否应归纳出操纵市场行为的一般概念问题，学术界有两种不同观点。赞成者认为，为全面、准确规范各种操纵行为，避免法律调整上的疏漏，应当赋予其统一定义。反对者认为，操纵市场行为本身就是若干行为类型的集合名词，无确定内涵，且世界上大多数国家均未赋予其特定含义，若限定其含义，反而会使市场操纵者有机可乘。《中华人民共和国证券法》接受了后一种观点，未对市场操纵行为作统一解释。①

但是，如前所述，科学的“操纵”概念具有重大的理论与实践意义，理论界从未停止对其的研究与探索，国内学者对证券市场操纵的定义，主要有两种模式：

第一种偏重理论分析，多从经济角度揭示操纵行为的内涵。在这里择几种有代表性的解释列举如下：“所谓操纵市场就是指行为人或某一组织，背离自由竞争和供求关系，通过人为的方式控制证券价格，扰乱证券市场秩序的行为”②；“操纵证券交易价格，是指人为地变动或固定证券交易行情，获取不正当利益或

① 参见叶林：《证券法》，中国人民大学出版社2000年版，第298页。

② 参见吴弘主编：《中国证券市场发展的法律调控》，法律出版社2001年版，第322页。

转嫁风险的行为”[①]；“一般而言，证券市场中的操纵行为是指某一或若干利益主体，背离自由供求关系而有意识地抬高、压低或稳定证券价格，影响或诱使其他交易者交易证券的行为。”[②] 等等。

上述定义揭示了证券市场操纵行为的经济内涵，触及了操纵行为的实质与后果，但如果从执法的角度来看，可能会让人觉得太过抽象，对行为本身的外部特征缺乏更为具体的描述，使定义的可操作性不足。与注重理论分析的第一种定义方式不同，第二种定义基本上按现行立法的有关规定来解释市场操纵。

1993 年 9 月 2 日国务院证券委发布的《禁止证券欺诈行为暂行办法》第七条的规定：“禁止任何单位或者个人以获取利益或者减少损失为目的，利用其资金、信息等优势或者滥用职权操纵市场，影响证券市场价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下作出证券投资决定，扰乱证券市场秩序”。基于《证券法》未对操纵市场直接作出定义，理论界往往依照《禁止证券欺诈行为暂行办法》第 7 条来解释证券市场操纵这一概念。

2. 评论与研讨。笔者认为，上述几种观点分别揭示了操纵证券交易价格罪的一些特征，但是都不够科学、全面，虽然在定义方式上稍有差别，但存在的问题大同小异。

(1)“获取利益或转嫁风险”究竟是目的还是动机，根据以上定义的字面理解，它是作为行为目的这一主观要件出现的。但实际上只要我们略加思考，就应当发现这其实是操纵行为者的最终目标，是促使其从事操纵行为的内心动因，因此这其实是一种行为动机，而不是行为者的直接目的。而且应该说任何证券投资者当然地都在尽其所能的获取利益并转嫁风险，这也完全可以通过精确科学测算进行完全合法的投资组合来实现，因此并不能够以此来区别操纵市场违法行为和一般投机行为。同时，操纵动机也不限于从证券市场获取利益，有些情况下这也是出于商业竞争的需要，有些仅仅为洗钱的需要，所以把“获取利益或转嫁风险”作为主观要件规定在定义中并不合理。

国内有学者把操纵证券市场的目的认定为以下三项：一是人为抬高价格，操纵者再将持有证券倾售于其他投资者；二是稳定市价；三是利用市场价格，获得卖空利益。总体而言，操纵证券市场的目的即为影响证券价格。[③] 然而，任何一笔数量较大的证券买卖，必然会对市场的行情产生一定的影响，反映在该证券的

① 参见肖扬主编：《中国刑法学》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 406 页。

② 参见洪伟力：《证券监管：理论与实践》，上海财经大学出版社 2000 年版，第 150 页。

③ 参见杨志华：《证券法律制度研究》，中国政法大学版社 1995 年版，第 280 页。

市场价格上，便是导致价格的上涨、下跌等，并且这种市场反应是自然而然、不可避免的，我们不能据此推定行为人具有影响证券价格自然形成的意图，仅仅因为进行了大额的证券买卖便认定其有操纵市场的主观故意，显然有失公允，也不利于把合法的投资行为人与行为失当的市场操纵者相区别开来。为此，有学者主张，应当将操纵市场的目的理解为包括“诱使他人买卖证券”，也就是说，行为人主观上除了影响证券价格自然形成的意图之外，仍兼有借影响价格以诱使他人买进或卖出的意图，才具有违法性而为不法操纵行为，对此笔者表示赞同。因此，操纵行为的直接目的应为：意图影响证券市场价格以诱使他人买卖证券。

（2）是否要具备“诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下做出证券投资决定”这一结果要件。操纵市场的本质是行为人以非法的手段影响证券市场价格，或干扰投资者自由做出决定，只要行为对交易价格、供求关系产生、试图产生且足以产生实质性影响，则该行为已构成证券市场操纵行为，而投资者真正在被误导的情况下实施了投资行为是应该作为操纵行为的加重结果来看待的。

综上，通过研究我们可以确定，操纵证券交易价格行为的性质是一种对投资者实施的人为干扰证券市场供求的欺诈行为，在此笔者也不揣冒昧，将操纵证券市场交易价格行为定义如下：“某单位或个人为诱导证券投资者在不了解事实真相的情况下做出证券投资决策，利用其资金、信息等优势或者滥用职权控制或干预市场，制造证券市场假象，影响证券市场价格，扰乱证券市场秩序的行为。”这是我们进行一切分析研究的起点与依据。

（二）操纵证券交易价格行为与一些影响证券价格的合法行为的区别

1．“操纵”与“投机”。操纵的概念从根本上说是与投机的概念相关联的，它借助了非法投机的一种形式。在英文中，“投机”（speculation）一词，同时也译作“预测”、“猜测”，表示人们对未来事件的一种判断和估计，是一个中性词。在证券市场上，投机实际上是对市场行情的预测和推断。在证券市场上，活跃的、合法的投机是保持证券市场竞争性的重要因素，投机可以中介买卖双方，调节证券供求关系，投机有利于形成反映各种资源稀缺程度的市场价格，可以说，投机行为是一种与市场经济相伴而生的现象①，没有投机就没有证券市场。

有学者将投机划分为三类：一般性投机，过度投机和恶性投机。② 一般性投机即合法的投机。过度投机是一般性投机的发展，虽说并不违法，但由于其能导

① 参见沈厚富：《证券交易市场操纵行为的法律分析》，载梁慧星主编《民商法论丛》第 7 卷，法律出版社 1997 年版，第 82 页。

② 参见于纪渭：《证券法概论》，复旦大学出版社，1999 年第 1 版，第 42、43 页。

致证券市场行情出现剧烈波动，所以不为各国所希望和提倡，相反，要对之进行抑制、缓解、降温、疏导，引导其走向正常稳定。而恶性投机显属非法行为，其实质即为市场操纵。

操纵与合法的投机行为的区别主要在于交易者的主观意图以及在交易时所采用的手段上。操纵是“恶意”成交的获利交易，这种交易满足以下条件：①交易的意图是使证券的价格朝某一方向变化；②要不是进行这样的交易，交易者并不相信价格会朝此方向变化；③交易者最终的获利完全来自交易者变化价格的能力，而并非来自其所掌握的有价值的信息。而合法的投机行为的行为人虽然也都希望证券价格朝对自己有利的方向变化，但投机行为人对于自己进行交易后价格是否会朝此方向变化毫无把握（而对于操纵来说，情况正好相反），而且其本人并无使价格朝某一方向变化的能力，即使投机行为人获利，不是由于其有变化价格的能力，而是因为其所获取的信息，或仅是机缘巧合罢了。

2.“操纵”与“坐庄”。在实践中，还有一个需要与操纵相区分的概念，就是“坐庄”。坐庄的人或单位就是庄家。从严格意义上来说，坐庄和庄家并不是法律概念。各国法律并没有有关坐庄和庄家的规定。一般认为：庄家是指在资金、信息等方面拥有优势地位的个人或机构（单位）投资者；坐庄就是庄家在证券市场上进行的证券操作行为。就庄家的实质而言，其实际上也是投机者(speculator)。庄家坐庄的目的也是要营利，这一点是与投机者和市场操纵者相同的。

但坐庄与投机、市场操纵还是存在着区别的。坐庄与一般投机的区别在于坐庄的庄家在资金、信息等方面拥有相对的优势，有实力影响证券价格。坐庄与市场操纵的区别在于：主观上，市场操纵者有诱使他人买卖证券，做出错误的投资决策的主观意图，而庄家没有这种主观意图；客观上，市场操纵者采取了法律所禁止的行为方式，如虚假交易、实际交易操纵、散布谣言或不实资料等，而庄家没有采取上述行为方式，是利用自身的信息和资金优势，在对市场、企业各项情况的缜密分析、科学预测的指引下投资获利，当下名目繁多的投资基金其实就是公开坐庄。

坐庄本身是一个中性的概念，并没有合法与非法之分。但坐庄与市场操纵的界限也并不是那么明晰。一旦庄家滥用其优势地位，采用了法律所禁止的行为方式，影响了证券价格，扰乱了证券市场秩序，坐庄行为就成了市场操纵行为，庄家也就成了市场操纵者。所以，在对庄家的坐庄行为进行监管时，应在促进效率和维护公平的基础上，合理适当地进行监管，既要保护其合法的投资权利，又要防止其滥用优势地位，操纵市场价格，破坏证券市场秩序。

（三）关于本案行为性质的分析

而本案中被告们所提出的巴菲特长期价值投资理论，其实也是一种坐庄，其精要在于：首先，公司必须极具竞争优势，能保证高的超额利润；其次，公司经营阶层与组织完善，能正确掌握产业的方向，对应产业冲击；最后，公司主导人能够时时为股东着想，为股东创造最大的收益。由此，可以看出，巴菲特在投资股票时，注重的并不是股票价格一时的升降，而是股票背后公司的经营状况及实际业绩，用业绩支撑股价。

在了解了巴菲特理论之后，回头看吕新建对 0048 的操作手法，我们不难看出它们之间的实质区别，明晰其行为属于操纵证券市场交易价格的行为，而非一般坐庄。

1. 吕新建为借壳上市，对朱焕良控股的深圳康达尔公司进行了资产重组，并进行资产置换，抛弃了原有传统产业，引进电子商务、股权投资、保健品等时髦概念题材，并更名“中科创业”使公司披上“高科技”的外衣，并利用其发布一些虚假信息，吸引广大投资者的注意，之后就迫不及待地在证券市场上疯狂推高股价，完全不顾公司的实际经营状况，对其业绩漠不关心，二级市场的运作如果没有一级市场的支撑，必然是空中楼阁，其最后的坍塌是早晚的事。

2. 我们姑且不去讨论吕新建所倡导或推崇的巴菲特理论在中国资本市场，尤其是股票证券市场的实际作用，单从本案现有证据看，吕新建一方本质上自身根本没有资金，缺乏自有资金的保障，其所使用的资金全部来源于他人，融资的代价就是高于普通利息的回报，那么必然承担的是偿还本金与高额利息的沉重负担，要想完成资金的再升值，仅指望壳公司的业绩回报是不现实的，只能通过股票市场完成资金的再升值，将所取得的资金用于股市，不断推高股价，才有可能将获利部分用于归还别人的钱。同时，用现已持有的股票、资金去做抵押以取得更多的资金，再去股市买卖更多的股票以获利还款，从而形成了恶性循环。然而光有资金是不可能完全控制股价的，因为价格涨、跌必然要求有合理的依据，这个依据就是公司的经营基本面，在基本面没有明显变化的情况下，股价突然发生剧烈的变化，是无法取得广大股民的信任的。但是企业的经营有其自身的规律，难以短期内发生重大经营变化，不可能满足补充资金缺口的需要。因此，此时的“中科创业”公司根本已经完全沦为操纵股票市场价格造势的工具。

巴菲特理论的精华在于买的是公司，而不是股票，不用关注股票的升与跌、不必关心经济气候的好与坏，而这一切建立在对公司的信心上，买的是公司的未来，它所要做的只是研究公司的发展前景，并长期持有股票待涨，显然吕新建是无法做到这些的。为了加快资金流通速度，尽量减轻利息负担，他们必须不断发

布利好消息，频繁倒仓创造交易量，尽快拉高股价，造就股市“龙头”吸引广大投资者跳入陷阱。这些情况对于作为资深证券从业人员的吕新建来说，在事前是必然可以确定的预见的，因此吕新建的一切行为都完全脱离了巴菲特理论的本质，根据前面我们已经得出的概念来判断，可以肯定的得出其行为是完全彻底的、典型的操纵证券交易价格行为这一结论。

当然，刑法上所规定的是犯罪行为，犯罪的本质特征在于犯罪是一种严重的社会危害性的行为，因此单纯的操纵证券交易价格行为并不一定构成犯罪，除非达到必要的严重程度。笔者在这里不惜重墨论述，目的并不在于改变现行立法，而是真正明确法律所规定的各类操纵行为的性质、内涵，以从根本上与其他行为相区别，充实立法，准确解释立法，并揭露本案犯罪行为的伪装。

六、本案中犯罪客观方面存在的问题

客观方面问题是本案中控辩双方争议的焦点，对本案中行为人的行为是否符合本罪的构成特征，以及如何理解“情节严重”、“获取不正当利益或转嫁风险”都进行了激烈的辩论，笔者将在下面对这几方面问题进行探讨。

（一）本案中被告人的行为特征

由于主观方面属于行为人内心情况不易查明，实际上是否构成操纵证券交易价格罪是以是否实施各种操纵证券价格的行为来推定的。这些行为本身都会影响、扭曲证券市场的自由运行，都具有欺诈的性质，换句话说，这些行为本身不会在正常的证券市场交易中，只有在操纵股票价格引诱投资者购买证券时才会发生。我国《刑法》第 182 条对操纵证券交易价格的行为方式进行了如下规定：“有下列情形之一，操纵证券、期货市场，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：第一，单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券、期货交易价格或者证券、期货交易的；第二，与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；第三，在自己实际控制的账户之间进行证券交易的，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；第四，以其他方法操纵证券、期货市场的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款规定处罚。”

在中科创业操纵案中，以上几种操纵手段都用到了，表现在：

1. 联合操纵、连续买卖。单独还是联合操纵在手段上并没有多大区别，后者其实就是集中了资金优势后的扩大了的“单独操纵”。一般来说，操纵一支股票往往需要动用巨额资金和信息、人才、技术等优势，这些优势一般只有个别实力机构拥有，因此行为人往往走上联合操纵之路，本案中也是吕新建、朱焕良两家联合组成操纵集团，具体来说，主要有两种表现形式：

（1）联合买卖，是指合谋共同买进某种证券以抬高其价格，或者共同抛售所持有的某种证券，以压低其价格。其实就是集中资金优势、持股优势的买卖行为，它贯穿于操纵集团操纵股票的整个过程。

操纵集团的欺诈活动一般包括四个步骤，即积累、包开、抬价和脱手。在积累阶段，操纵者们联合在一起秘密而谨慎地购进股票，尽可能多地积累库存，但又注意不使价格抬高。在包开阶段，操纵集团故意一同将大量股票突然抛售，使价格猛跌，从而甩开该股票的其他买卖人，迫使他们卖出手中的该种股票。然后，操纵集团联合起来吸纳低价股票。由于这种股票在市场上数量已经不多，因而在大量购买下供应不足，价格猛涨。最后，在脱手阶段，操纵集团分小批地逐步将股票卖出，以防价格暴跌。由于操纵集团已经把价格抬到无法长期维持的水平，在脱手的后阶段，该股票价格猛跌，在抬价和脱手阶段买进该股票的投资者就会纷纷蒙受巨大损失。

对比中科案不难发现，其实虽然案情错综复杂，但整个犯罪过程的主干正是联合买卖的过程。在“合谋”上，吕、朱二人曾于 1998 年 12 月，私下签署了一份意图合谋操纵“0048”股票的协议，并进行了分工，吕新建负责一级市场，朱焕良负责二级市场。在资金优势上，吕、朱二人分别指使各自部下去融资，最后金额高达 54 亿余元。在持股、持仓优势上，1998 年康达尔股票（一度改为中科创业）上市流通股为7 400万股，而吕、朱二人共持仓 5 800 万股，占整个盘面持仓量的 78%。在信息优势上，吕通过购买上市公司：深圳康达尔公司的法人股，而成为该公司的最大股东，资产重组后，发布了一些虚假的利好消息：中子刀项目、苜蓿草项目等，欺骗广大投资者。在一切准备妥当之后，吕、朱二人就各自纠集一班人开始了对倒等行为。在利用这些优势所进行的一系列交易过程中，股票的价格也在这一过程中不断上升。

（2）连续交易，指意图抬高或压低某种证券的交易价格，单独或与他人合谋，集中资金优势或其它优势，在短时间内两次以上高价买入或低价卖出同一证券，诱使其它投资者上当受骗。[①] 构成连续交易必须符合下列条件：a. 连续交

① 参见马克昌主编：《经济犯罪新论》，武汉大学出版社 2000 年版，第 310 页。

易。对连续交易的次数以及多长时间构成连续交易，法律并未明确规定，各国法律对此规定也不尽相同，笔者认为，对连续交易的时间规定应当集中，只要行为人在某一或数个交易日两次以上连续高价买入或低价卖出，即可构成连续交易。b. 该交易是方向相同的，即两次以上买入或卖出行为。在某一交易日，单纯的一次买入和卖出行为，不构成连续交易。c. 诱使他人买进或卖出的意图。以上三个条件是构成连续交易的条件。

这种行为方式在操纵股价的过程当中是最常见、也是必须的手段，因为证券市场交易价格是连续的，要形成证券价格的变化趋势，仅靠一次（即使是相当大额）交易是不可能实现的，需要有连续价格的铺垫。本案也不例外，吕新建及其下属为拉升股价用控制的多个账户连续以高价买进 0048 股票，使得 0048 股票甚至在一个月中就上涨市价近 30 元。

2. 相对委托。本案中，法院查明吕新建与朱焕良达成操纵 0048 股票协议之后，朱焕良按照协议约定价格将自己持有的 3 000 万股 0048 股票交盘给吕新建，供其操纵 0048 股票之用。这种换手实际上并未转移股票的所有权，就是典型的相对委托行为。

相对委托（improper matched orders），指行为人意图影响市场行情，与他人同谋，由一方做出交易委托，另一方依所知悉的对方委托之内容，在同一时间、同一地点，以同等数量、价格委托，并达成交易的行为（有些国家，如美国，只要求相近）。也就是刑法上所规定的“与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量的”行为。

相对委托交易中双方当事人证券换手，并不转移证券的所有权，行为人虽然耗费一些佣金和税费，但可抬高或压低股票价格。这其实是合谋操纵的一种手法。其用意在于虚构交易量，并通过不断成交控制价格的变化；同时也可以使持股分散，规避持股 5%必须申报公告的规定，防止被查处。

3. 自买自卖。这是“中科创业”案中吕新建等人最惯常使用的手段，吕、朱二人共持仓 5 800 万股，占整个盘面持仓量的绝大部分，这些股份分散在 1 500 多个账户上，形成了许许多多“老鼠仓”，逃避证券监管部门查处。同时，吕、朱二人也各自指示下属工作人员开始了对倒等行为。在每一笔交易之前，双方都对开盘、收盘价、交易时间、价位、交易量等达成协议，致使每一笔交易基本上都能一次性成交，且成交量非常大，几乎没有失败过，在一天或几天之内多次连续交易，例如，仅在 1999 年 12 月 27 日，吕新建在自己控制的两个营业部之间进行对倒，交易量分别占当日市场份额的 94%和 95.69%。就是这样形成了中科创业股票的虚假市场繁荣，并使得吕新建等人一次次的逃过了监管部门的

审查。

“自买自卖”是指以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，影响证券交易价格或证券交易量，从而制造交易的虚假价格。自买自卖过程中实际上证券和资金都没有流动，但确实交易量及价格发生了变化，这人为地干预了证券市场价值规律的自发调节，形成了虚假的交易现象，虽然操纵者实施此行为自己并未获利，同时还要交纳一定数量的手续费等，但造成这种交易虚假繁荣的现象，很容易诱使其他投资者买卖该股票，一旦达到操纵者的价格目标，他就会买进或卖出该股票获利或转嫁风险，是典型的操纵行为，具体包括：

（1）冲销转账，是指行为人利用其不同身份开设两个以上的户头，以冲销转账的方式反复作价，将证券价格压低或抬高，行为人实际支付的是部分的手续费用。其实就是在同一行为人开设的不同账户间的“相对委托”。

（2）拉锯，即以拉锯的方式反复作价，行为人在不同的证券代理商处开设账户，以同一笔或数笔证券反复通过某个证券商处买进，然后通过另一券商卖出，造成交易活跃的假象，引诱投资者盲目跟进。

（3）洗售（wash sales），是最古老的证券市场的操纵方式，即以影响证券市场行情为目的，人为地制造证券交易虚假繁荣，从事所有权非真实转移的行为。[①]“中科创业”案中，吕新建等为了引诱他人买进和卖出中科创业股票，连续买卖该股票。同时利用操纵者手中大量的股票账户，在不改变股票实质性所有权的前提下进行自买自卖，既显示一定的股票交易量，又为进一步操纵股票交易价格奠定基础，成为其操纵股票交易价格的重要手段。

在本案的审理过程中控辩双方对“自买自卖”的理解出现了分歧，辩方认为本案中的“倒仓”、“对敲”行为使股票的所有权发生了转移，不属于刑法中所规定的“自买自卖”行为。本案中，洗售是吕新建、朱焕良的主要操纵行为，但是他们不是在自己所有的账户内买卖，而是在别人的账户之间进行买卖，只不过这些账户受他们这些操纵者的控制。同时，他们对倒交易转移的证券所有权中有的并不属于他们自己，而属于出资方，吕、朱只是拥有出资方授予的某段时间（一般为融资使用期间）内该种证券买卖的控制权。这种通过实际控制的账户交易控制股票，牟取暴利的操纵手法，堪称“借鸡生蛋”，是本案的独特之处，也是对刑法关于“自买自卖”规定的新挑战。

对于这一问题，笔者认为对刑法该规定应当进行扩充解释：①由于证券账户的实名制，使得用一个身份证开立多个账户成为不可能，因此在我国证券市场上

---

① 参见杨志华：《证券法律制度研究》，中国政法大学出版社1995版，第279页。

借用亲友身份证甚至“租用”身份证开立资金账户的现象十分普遍，2000 年中国股市引起震动的一篇文章《基金黑幕——基金行为解析》中，作者张志雄通过对当时国内 10 家基金管理公司旗下的 22 只基金自 1999 年 3 月至 8 月交易情况进行调查分析后指出，所有基金都发生过严重的“对倒”、“倒仓”行为，可见以自买自卖方式，影响证券交易价格和交易量，是我国股市存在较为普遍的现象。因此按照严格的字面解释，在完全由同一个人的不同账户之间“自买自卖”在实际上根本不可能实现。②“自买自卖”行为的实质在于资金与证券仅在操纵者自己控制的范围内流转的情况下影响价格和交易量。事实上控制更多的账户只会扩大操纵者实际的支配范围，更有利于其对敲行为的隐蔽，便于这一流转过程的进行。而且关键在于证券账户虽然是实名制，但证券及其所代表的权益本身在流转过程中却是不记名的，出资方以持有的证券为操纵者融资，不会追究这部分证券是否一直在自己的账户里，而是早就确信属于自己的证券就是操纵者所掌握的证券当中数额相等的那一部分，简言之，证券本身具有可替代性，虽然证券价值增长及分红等收益权仍然属于账户所有者，由于证券仍然在操纵者的支配范围之内，所以这些收益都是得到保证的。因此，证券交付操纵者后，在所有权的四个基本权能中，操纵者享有支配性的占有、使用、处分权，并用支付高于利息的比例回报的办法取得了证券的收益权，那么我们可以说操纵者已经取得了证券的“实质所有权”。

实质所有权人（beneficial ownership）是相对于名义所有权人（title owner）的一个概念，它是指尽管证券并非自己名义持有，但是以自己的资金购买的股权在自己的控制之下，享有负担该证券盈余或亏损的人。因为证券所有权应表现为证券所有人对记载于自己证券账户内的证券的控制、支配权，最直接的表现就是买卖证券的决定权，这是一种处分权。在日本，虚买虚卖，也是指不以权利转移为目的而伪作买卖证券。这里的“权利转移”，是指对该证券实质支配、处分的权能而言。其“实质”的判断应以对该证券的买进或卖出加以决定的权能为考虑的核心。[①] 当行为人利用多个证券账户进行“自买自卖”时，证券的所有权在形式上在不同的账户之间发生了转移，未转移的只是操纵者对证券的控制和支配权，仍然可以继续决定该股票的买进和卖出。因此，有必要将“以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖……”中的“证券所有权”理解为“证券实质所有权或实际支配、处分权”，希望不久的将来立法也能相应发生变化，使

---

① 参见日本锻工案件东京地裁 1987. 12. 7 判例时报 1048 号。转引自顾肖荣、张国炎：《证券期货犯罪比较研究》，法律出版社 2003 年版，第 190 页。

得实践中适用条文更加顺畅。

4. 其他方法。这是指除《刑法》第 182 条中所规定的前三种方式以外所有被法律、法规认定的操纵证券交易价格的行为方式，主要是指 1993 年《股票发行与交易管理暂行条例》第 74 条中所规定的 9 种行为方式。本案中作为“以其他方法操纵证券交易价格”形式出现的有以下行为：

（1）散布谣言、传播虚假信息等手段操纵证券交易价格。一般来说，在操纵证券价格案中，这种行为难以单独完成操纵价格的任务，而往往是作为推波助澜的帮助活动。本案中吕新建为炒作康达尔（0048）股票造势，在 1999 年春，以 K 先生的名义在《证券市场》周刊上发表了《关于世纪末资本市场的对话》，其中提到“你可以注意那些重大重组题材的个股（暗指康达尔），新概念肯定会从那里脱颖而出，我看好农业和生物科技领域”，1999 年 8 月为配合康达尔的步步上涨，吕新建组织了一篇关于康达尔（集团）股份有限公司投资价值分析的文章，在《中国证券报》刊登了一个整版。这些并无根据的“预测”确实对于欺骗投资者起到了“积极”的作用。

应当注意的是从本案案情来看，当前高智商的行为人已经不再是单纯的制造假信息、散布谣言，而是大打“擦边球”，虚夸经营业绩，暗示发展前景，其所传播的信息可能并不直接指向操纵对象，而是指向于所操纵者业务范围、经营状况相近、类似的一批企业之股票；或者将同一利好或利空信息通过多种渠道同时发布，造成铺天盖地的宣传效果，使得原本较小甚至不值一提的业绩、题材经过疲劳轰炸变成似乎能够导致股价发生巨大波动的重大信息。此类手法多如牛毛，不一而足，但是不论行为人采用何种隐蔽手法，这些行为归根到底都是以误导、诱骗投资者买卖股票为目的的。只有这样才能将这些行为与正常的宣传行为区别开来，不过从目前的立法和实践情况来看，这种“灰色行为”似乎还属于处罚盲点的行为，这种现象应当引起立法者重视。

（2）上市公司买卖或者与他人串通买卖本公司的股票。这在本案中表现尤其明显，如前所述，本案中吕新建等人为完全控制上市公司，设立北京中科创业公司收购上市公司康达尔公司的法人股，进而控制该公司董事会将之改组为深圳“中科创业”公司后更是完全沦为操纵股票的工具，成为虚假信息与利好消息的策源地。吕新建等人频频收购上市公司的部分股权，恰到好处地掌握了“关键的少数”，将二级市场与一级市场连通起来，巧妙构筑了与上市公司之间的资产关系。其目的是有效地形成“资金链”，使双方资金不露痕迹地互相联动，互为作用，在互相持股、互为担保的基础上形成或循环控制，或集中投资的“资本运作模式”。使得监管部门更加难以应付。

我国《公司法》第 149 条规定：“公司不得收购本公司的股票。”其一，禁止上市公司违法买卖本公司的股票。上市公司对本公司的经营决策、经营情况、经营效益、发展前景等有关内幕信息最为了解，而上市公司为了抬高本公司股票价格，买卖本公司股票，制造虚假的证券交易价格，从而误导投资者做出错误的投资决定，这无疑违反了证券交易应当遵循的公开、公平、公正原则，从而构成证券欺诈。其二，禁止上市公司与他人串通买卖本公司的股票。上市公司有时与“作庄者”（一般为机构或大户）联手操纵本公司上市股票的价格。

（3）做开盘价、收盘价，影响股票价格走势。这些并不属于法律、法规所规定的操纵股票价格的行为方式，但却是十分常见的操纵手法，在本案中是吕新建等人常用的炒作方法。开盘价和收盘价是投资者据以参考投资的重要数据，同时操纵者通过在开盘和接近收盘时进行集中交易影响开盘价和收盘价，可以使体现股票走势的股票 K 线图按其预期形成（K 线图并不能完整体现一天内的交易过程，而是概括地反映股票价格一天内波动的范围），从而使证券知识相对缺乏的投资者对股票走势发生误解，而买卖股票。

5. 小结。本案中犯罪人的犯罪行为隐蔽性极强，操纵手段令人眼花缭乱，可以说是中国股市操纵股票的“巅峰之作”。吕新建虽然是整个操纵过程的总策划、总导演，但其本人身影却一直躲在幕后。犯罪人处心积虑，精心策划、周密部署所实施的各项行为无非是在保证不被发现、怀疑的前提下，通过影响股票价格，诱骗普通投资大众盲目跟从购买股票，使其得以趁机将股票脱手套利。不论何种表现形式，其根本特征就是欺骗，本身怀有吸引投资者关注股票、交易股票的目的，在合法的证券投资行为中是不可能出现的。这些行为完全符合操纵证券交易价格罪的客观特征，其实在美国等许多国家一般只要证实实施了上述行为即可认定为是操纵证券交易价格。[①]

（二）对“情节严重”的理解

与世界上大多数国家不同，我国《刑法》第 182 条规定操纵行为必须达到情节严重才能构成犯罪，但究竟行为到什么程度是法律意义上的“情节严重”，刑

---

① 此外根据我国相关立法，以及国外的证券监管实践，还有一些行为同样被认为是操纵股票交易价格的行为，如：根据 1993 年《股票发行与交易管理暂行条例》第 74 条之规定，利用职务便利抬高或压低证券交易价格的行为；银行或其他金融机构违法违规，用周转资金或银行筹备金，拆借给证券公司和允许透支用于炒作股票的行为（马松建：《论操纵证券交易价格罪的几个问题》，载《法学评论》1999 年第 6 期）；另根据以往司法实践也曾有判例通过破坏计算机信息系统来构成本罪的行为；根据最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第 32 条，以暴力、胁迫手段强迫他人操纵价格的行为；以及理论上及国外实践中已经存在的“买空卖空”、“扎空”、“安定操作”等行为均应包含在内。

法及其司法解释中均未加以规定。笔者在最高检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（以下简称《规定》）第32条中找到了可参照的依据，该条阐明了最高检、公安部对操纵证券交易价格罪的追诉标准，该条规定："操纵证券、期货交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，涉嫌下列情况之一的，应予追诉：①非法获利数额在五十万元以上；②致使交易价格和交易量异常波动的；③以暴力、胁迫手段强迫他人操纵交易价格的；④虽未达到上述数额标准，但因操纵证券、期货交易价格，受过行政处罚二次以上，又操纵证券、期货交易价格的。"

虽然该条没有明确说明以上行为就是情节严重，但我们认为既然达到"立案"要求，应当符合该罪的客观要件，显然，"中科创业操纵案"符合本规定的第一、第二项。但在刑事诉讼过程中立案标准、起诉标准、判决标准不尽相同，总的来讲程度要求应当是越来越高、证明责任越来越重，因此在司法实践中，法院判决从未引用过检察院、公安部的司法解释，所以现行刑法及有关司法解释对此的解释还是不够完善的，还需要学者们进一步研究。

有学者认为"情节严重"是指违反规定，利用银行信贷资金操纵市场导致证券价格暴涨、暴跌，从中获取巨额非法利益或减少损失的数额巨大；采用散布恶劣谣言等方式手段操纵市场；因操纵市场而严重损害其他投资者利益，影响社会安定；上市公司操纵本公司股票价格；或利用发放股票、债券所募集的资金操纵市场；多次实施操纵市场的行为或者因操纵市场受过行政处罚等。[①] 这只是停留在从操纵者的行为表现上来看，而没有论及这些现象本身代表"严重"的原因，即为对其进行刑法理论评价。笔者认为"情节严重"可以从以下几方面来考虑：

1. 从客体来看，有没有增加的随机客体，例如本案中的非法融资行为，上市公司操纵自身股票行为分别破坏了金融管理秩序、上市公司管理秩序，同时致使大量投资者利益受损，这些应当作为情节严重的考虑内容。前面所引学者的列举也多体现为同时扰乱金融管理秩序的行为。

2. 从结果影响看，股票价格异常波动的程度。根据证券投资理论，在市场没有明显高估或低估证券价格的条件下，如果基本面没有发生变动，股价上下波动的界限一般在20%左右，本案起诉材料中所附的深圳证券交易所出具的分析报告指出"从1998年12月16日至1999年4月30日，0048股票累计上涨71.29%，而同期深证综合指数下跌36.5%；1999年5月4日至2000年2月18日，该股累计上涨174.18%，同期深证综合指数涨幅为54.31%。2000年2月

① 参见马克昌主编：《经济犯罪新论》，武汉大学出版社2000版，第311—312页。

14 日至 18 日，该股连续 5 个交易日大幅上涨，一周内累计涨幅达 60.72%”。[①] 此外，获利的多少当然应该是十分重要的指标，《规定》中的 50 万标准是借鉴了其他经济犯罪，但是在本罪中似乎显得低了一些。本案虽然由于最后崩盘，导致吕新建等人最终巨额亏损，但是在操纵 0048 股票近两年期间，其阶段获利却近亿元，数额特别巨大（详细论述请见本文下一问题探讨）。

3. 从主体看，银行或其它金融机构等严禁参与股市的主体违法违规操纵股市，或用周转资金或银行筹备金，拆借给证券公司和允许透支用于操纵股票；或因操纵行为受过行政处罚而再犯的可以作为情节严重；或成立操纵集团或牵涉大量个体主体实施操纵。

4. 从行为的规模来看，调动的资金量越大，涉及的证券营业场所和个人越多，案情往往越重大复杂，对社会关系的破坏作用越强，这也应该是认定情节严重的重要因素。本案中，被告人们动用全国 20 多个省市的 120 余家证券营业部 1 500 多个股票账户，前后融资 54 亿余元[②]，规模可谓特别巨大。

（三）对“获取不正当利益或转嫁风险”的理解

操纵证券交易价格罪在客观方面包括哪些内容，有两种不同的观点。一种是不把“获取不正当利益或转嫁风险”作为客观方面的内容，而是作为主观目的要件[③]，如“本罪的客观方面表现为操纵证券交易价格，情节严重的行为”。[④] 另一种是把“获取不正当利益或转嫁风险”作为客观方面的内容，如“行为人通过法定方式操纵证券交易价格，……从中获取巨额利润或者将自己可能遭到的损失转嫁给其他投资者，这是操纵行为所得到的结果。”[⑤] 笔者同意后种观点。

从刑法条文规定的方式看，“获取不正当利益或转嫁风险”写在操纵证券交易价格之后，这与我们一贯坚持的犯罪目的置于行为之前的逻辑顺序不符，比照

---

① 转引自顾肖荣、张国炎：《证券期货犯罪比较研究》，法律出版社 2003 年版，第 243 页。

② 这里的 54 亿元是多次融资的累计总额，这些资金并非完全用于炒作 0048，还包括购买康达尔公司法人股，以及为建立所谓“中科系”而购买的中西药业、莱钢股份等几支股票，辩方以此为理由认为犯罪数额认定不准确。笔者同意控方观点，因为进行这些操作一方面是为包装“中科创业”，另一方面也是通过炒作获利偿还操纵 0048 的融资款项及利息，根本上还是为了巩固 0048 这支“中科系”的中枢股票，这些资金的用途统一于操纵 0048 这一目标，因此可以不必区分用途而认定犯罪金额为 54 亿元。

③ 参见张军、赵玉亮、李黎明、胡云腾主编：《中国刑法罪名大全》，群众出版社 1997 年版，第 279 页。转引自：王作富、马民革：《论操纵证券交易价格罪》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第 4 卷），法律出版社 2000 年版，第 277 页。

④ 马松建：《论操纵证券交易价格罪的几个问题》，载《法学评论》1999 年第 6 期，第 113 页。

⑤ 王作富、马民革：《论操纵证券交易价格罪》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第 4 卷），法律出版社 2000 年版，第 277 页。

规定方式类似的刑法第 165 条“非法经营同类营业罪”的表述，可见立法原意也是要把它作为客观要件来规定。诚然，笔者在前面论述过“获取利益或转嫁风险”是行为动机，但这并不影响它作为客观方面要件规定在犯罪构成当中。首先应当明确前面所论述的是操纵证券交易价格行为，而这里则是一种犯罪，因此虽然前者只需要达到足以诱使投资者买卖证券的程度，但是为了体现刑法的谦抑性，在犯罪构成中加上结果的限制是十分正常的。

这里的利益也不见得必须是直接从证券市场获得的利益，例如压低股价便于并购企业；这里的利益也不限于股票最后脱手套现的所得，应当包括操纵期间的阶段所得。按照股市惯例，利益的认定一般应为最后实际套现资金，对此交易部门有个计算公式：盈利＝持股估值＋累计卖出金额－累计买入金额，本案中吕新建盈利应为 265 922 542.29＋5 868 869 331.54－6 234 639 842.82，总计约亏损 9 900 余万元，如此，吕新建根本没有最后盈利（不包括其合作方——朱焕良的盈利数字），在此情况下，吕新建一方的行为是否符合《刑法》第 182 条规定的“获取不正当利益”的客观行为要件，吕新建的行为应不应该受到处罚，这也是办理此案过程中引起极大争议的一个方面。根据本案案情，笔者认为，吕新建虽然最终没有获利，但并不影响其在操纵过程中的阶段性获利，这部分获利由吕新建用于购买上市公司股权、注册公司、自己买房、给丁福根购买太子公寓及给其他人发工资以及操纵除“0048”以外的其他股票等，总计约 1 亿余元。这些阶段性获利来源吕新建的操纵证券行为，同时又构成了吕新建资金链条的重要组成部分，为其进一步的操纵行为奠定了基础，因此这部分获利应是整个操纵行为获取的不正当利益的重要体现，而且这个组成部分是能够单独存在的，最终没有获利，并不影响“阶段性获利”这个独立个体的存在。

不过这里有一点需要协调，《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第 32 条第 3 项规定“以暴力、胁迫手段强迫他人操纵交易价格的”构成操纵证券交易价格罪，根据这一条文我们不难看出，只要以暴力、胁迫手段强迫他人实施《刑法》第 182 条所规定的四类行为就可以直接构成犯罪，在这里本罪的犯罪形态是行为犯，是不需要获取不正当利益的。比照抢劫罪的加重构成我们可以发现，对于某些具有加重罪质属性的行为、情节，刑法中可能直接修正构成，简化其构成要件，使其直接构成犯罪或直接构成加重结果犯，这也是我国刑法的一个特点。当然《规定》从其渊源和效力位阶上讲是不具备修正刑法这一基本法律的能力的，因此现在此作以探讨，希望有权机关尽早完善立法或出台相应司法解释，为司法实践排除障碍。

七、本案中的单位犯罪问题

本案中涉及“北京中科”、“深圳中科”、“华亚实业”等多个单位，使得案件审理过程中出现很多关于单位犯罪的理论问题争议，如控辩双方就丁福根行为是单位犯罪还是个人犯罪、上海华亚实业发展公司是否构成本案共同犯罪主体之一，以及华亚公司内部人员责任分配产生了争议，因此我们必须结合案情对单位犯罪的有关问题进行探讨。

（一）关于单位犯罪主体界定的研讨

本案审理过程中，丁福根及其辩护人认为丁的行为是代表中科创业公司的行为，是单位犯罪而不是个人犯罪。其实由于按照刑法规定一般作为法人犯罪中的直接责任人员的刑事责任一般较犯同样罪行的自然人刑事责任轻；同时，在经济犯罪中，自然人犯罪主体在自由刑外，一般会被判并处罚金等财产刑，而对单位犯罪中单位的直接责任人员仅处以自由刑，律师在此类案件的辩护过程中往往采取将犯罪性质定为单位犯罪的辩护策略。因此我们必须明确单位犯罪与个人犯罪的区别，才能准确厘定被告人的刑罚。

在犯罪的客观方面，理论上一般认为单位犯罪应当具备下列三个特征：①以单位的名义实施；②由单位的决策机构研究决定，或者由单位的负责人或其授权的主管人员决定；③违法所得归单位所有。关于单位犯罪的司法解释规定，为犯罪而成立的公司或者公司成立后主要从事犯罪行为的，以个人犯罪论。

本案中，北京中科创业投资有限公司本身就是通过操纵康达尔股票（0048）获利后成立的，它的成立是为收购康达尔公司法人股进而组织重组以使该公司脱胎换骨而进行的必要准备。之所以这样说，是因为公司的股东中有科技部农村发展中心、火炬中心、生物中心等 8 个中心的下属公司，其成立的目的是依赖科技部的背景，强调公司的高科技风险投资概念。通过北京中科收购康达尔并将其重组为“深圳中科”后，就自然使市场投资者将康达尔与生物技术等高科技概念直接联系起来，从而快速改善 0048 股票的基本面。由此可见“北京中科”从其产生开始就是作为吕新建等人操纵 0048 股票的犯罪工具出现的，是整个犯罪过程的必要环节，其成立后也以实施操纵 0048 的犯罪行为为主，因此不能将“北京中科”认定为单位犯罪主体，丁福根的行为是个人犯罪行为。

事实上，“北京中科”根本没有健全的财务制度和内部管理制度等公司必备的制度，工作人员直接听命于吕新建、丁福根，操纵股票的收入所得也都已发放工资、奖金，购买房产等形式转归个人所有，因此本案中“北京中科”并非本案的单位犯罪主体这点是确定无疑的。

（二）本案中单位能否作为共同犯罪主体问题的研讨

本案中被告单位上海华亚实业发展公司（以下简称华亚公司）法定代表人董沛霖明知吕新建意图操纵 0048 股票价格需要资金的情况下，为了追回本单位债款并获利，指使被告人何宁一、李芸分别以杭州华亚公司及上海华亚公司的名义或董沛霖个人名义以各种形式融资 7 亿余元，供吕新建操纵 0048 股票交易价格使用，并根据其“自买自卖”的要求指示何、李二被告完成买卖交易行为，形式上符合了单位犯罪的要求。但是，由于本案中华亚公司的行为并不具备独立的犯罪意义，指使操纵证券交易价格的帮助行为，只有在确定该行为的共同犯罪行为属性之后，才有可能对其按操纵证券交易价格罪定罪处罚。因此辩护人及理论界曾经以单位不能构成共同犯罪主体为由，提出华亚公司行为不构成犯罪。在刑法理论界单位能否作为共同犯罪主体的争议却一直没有停止过。

单位能否作为共同犯罪的主体问题，刑法学界有不同观点。持肯定观点者认为，对我国刑法中关于“共同犯罪是指二人以上共同犯罪”的规定中的“人”可作扩张解释，使共同犯罪规范不仅包括自然人，还可以包括法人这种特殊的“人”。以此为法人可以作为共同犯罪主体提供刑法总则依据。[①] 否定论者认为，根据罪刑法定原则，单位与法人是两个不同的概念，再怎么扩张解释，也难以将其作为“人”来解释。因此，“二人以上”只能解释为是两个以上自然人的主体。据此，对于若干个单位伙同实施的犯罪，应当，也只能根据各个单位在犯罪中的犯罪情节，分别依照有关刑法规定进行处罚。另外，对于单位与自然人伙同实施的犯罪行为，也同样没有依据以共同犯罪论处。[②]

笔者赞同肯定说。

1. 新刑法中的“人”，只要没有明确规定是自然人，就可以理解为包括单位，而不论该单位是否为法人，最明显的例证是《刑法》第 53 条的规定，该规定“……对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴……”。该处的被执行人，显然包括任何被判罚金而需要执行的犯罪分子，自然也应当包括被判处罚金的单位。

2. 承认单位具有刑事责任能力，首先意味着承认法人的意思能力，这不仅包括本单位单独实施犯罪的意识和意思决定能力，而且也同样具有与自然人或其他单位共同实施犯罪的意识和意思决定能力，这是单位能与其他单位或自然人形

---

① 参见娄云生：《法人犯罪》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 126 页。

② 参见阮方民：《论单位犯罪的概念与构成》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》第 3 卷，法律出版社 1999 年版，第 45 页。

成共同犯罪的物质前提。只有具备这种能力，才能与他人形成共同的犯罪故意，进而实施共同犯罪行为。因此，作为犯罪分子的人，除了法律条文明确指出是指自然人的以外，都是指犯罪主体，应当包括单位在内，单位与单位之间，单位与自然人之间，只要符合共同犯罪其他要件的，都可以构成共同犯罪。

3. 承认单位可以成为共同犯罪的主体有明确的法律根据，我国现行《刑法》第 350 条第 2 款规定：“明知他人制造毒品而为其提供前款规定的物品的，以制造毒品罪的共犯论处。”第 3 款规定“单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前两款的规定处罚。”这就明确规定了单位与自然人可以构成制造毒品罪的共犯。虽然该条款是针对制造毒品罪做出的，但应当认为单位与自然人可以共同实施犯罪的道理具有普遍的意义。

4. 司法实践中也认可单位可以构成共犯。早在 1989 年 3 月 25 日“两高”做出的《关于当前处理企事业单位、机关、团体投机倒把犯罪案件的规定》第 1 条即指出，企业、事业单位、机关、团体进行投机倒把活动手段恶劣，是指上述单位与其他单位或个人内外勾结进行投机倒把活动……该司法解释不仅明确单位可以与自然人共同犯投机倒把罪，而且单位与单位之间也可以构成。

总之，可以说，承认单位共同犯罪的成立不仅有明确的法律依据，同时也是司法实践的需要，可以更好地体现罪责刑相适应的要求（根据笔者的理解，这里的单位共同犯罪，是指两个或两个以上的单位之间，或者一个或一个以上的单位与自然人之间，共同故意实施特定的犯罪的行为。其在形式上可以表现为单位之间的共同犯罪和单位与自然人之间的共同犯罪两大类）。[①] 当然，应当指出的是，在由单位作为一方的共同犯罪中，单位可以成立共同犯罪的范围不能任意扩大，必须限定在和本罪一样在刑法分则当中明确规定单位可以构成犯罪的范围内。

综上所述，本案中华亚公司应当按其所起的帮助作用，承担相应的共犯刑事责任。

（三）单位犯罪责任人员内部的责任分配

1. 单位内部是否应当区分主犯与从犯。从法理上来讲，单位犯罪是以单位作为统一的犯罪主体对外承担责任，其工作人员无论职责、地位、作用都是在法人的经营活动中从事工作，都是法人犯罪的有机组成部分，因此对法人内部工作

---

① 参见许成磊、王会时：《单位共同犯罪若干问题探讨》，载《山东公安专科学校学报》2001 年第 3 期，第 17 页。

人员不应再区分主犯、从犯，最高人民法院2000年10月10日颁布的《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主从犯问题的批复》体现了这一考虑，该文件规定，审理单位故意犯罪案件中，对其直接负责的主管人员和其他直接人员，可不区分主犯、从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

对这一规定笔者不敢苟同，单位犯罪虽然是以单位整体名义实施的，但其犯罪行为只能由单位内部的自然人代表单位实施。当实施单位犯罪的自然人为二人以上时，他们之间就具有实施单位犯罪的共同故意和实施单位犯罪的共同行为，从而构成一种特殊的共同犯罪关系。显然，各责任人员在单位犯罪中所起的作用不可能完全相同，当存在着主要作用和次要作用之分时，就应当区分主从犯，否则罚不当罪。在外国刑法理论上也往往从共犯关系中论证法人犯罪。共犯关系说认为，法人与法人内部成员之间，实际上是一种共同犯罪关系，他们认为法人雇员责任具有两种属性，即独立性与从属性。因而在学理上有“单位共同犯罪”的概念，即指在单位犯罪情况之下，由单位组织中的自然人所构成的共同犯罪。这一概念与多个单位共同实施的“共同单位犯罪”概念相区别，指向单位内部。也正因为单位犯罪与共同犯罪有如此密切的关系，所以有些国家的刑法将法人犯罪与共同犯罪归在一起。我国刑法中将“单位共同犯罪”的处罚范围限于直接负责的主管人员和其他责任人员是适当的。关键在于对各类犯罪人的处罚，主要是在分清各共同犯罪人在单位共同犯罪中作用大小的基础上，确定形式责任的程度问题，特别要注意正确划分主犯与从犯。①

单位犯罪表现为单位决策并付诸实施，决策对于单位犯罪具有十分重要的意义，其组织决策作用的人员是在“单位共同犯罪”中起主要作用的。各责任人的职权有大小之分，因而对于决策的影响力也有轻重之别，确定主从的时候也应当考虑职权的大小，但也并不绝对，例如，有些人在单位中的职权虽然不是最高的，但其却直接分管某一项业务活动，积极提议并参与决策，而后又负责组织实施单位犯罪活动的，应承担主要责任。因此，在认定主从犯时必须结合责任人员在单位中的职权及其所实施的具体行为，综合认定其在单位犯罪中的作用，只有这样才能做到罪行相称。本案中董沛霖显然应当作为单位内部的主犯处理，而

① 参见陈兴良：《刑法适用总论》（上），法律出版社1999年版，第614—618页。笔者在此必须指出，在刑法理论界一般将“单位共同犯罪”作为指代单位与单位或单位与个人共同犯罪情况的专有名词；陈教授的用语显然与一般观点有着重大分歧，但这里引用其论述是为论证单位犯罪内部责任人员的刑事责任是应该按其各自所起作用而相互区别这一观点，用语的不同并不影响本文原意的表达，因此这里仍然引用原文，为防止发生歧义特此说明。

何、李等人虽然在融资、操纵股票价格活动中起到一定作用，但毕竟是在董的授意指示下进行，因此应当作为从犯处理。

2. 不纯粹单位共同犯罪的刑事责任。在不纯粹单位共同犯罪的情况下，由于我国刑法对单位处罚采取双罚制，即对单位判处罚金，同时判处单位直接责任人员自由刑。但是应当明确这里对单位直接责任人员科处的刑罚是他们为自己所实施的犯罪行为所必须承担的刑事责任的表现，对单位则只有罚金一种刑罚方式，这就为共犯中的自然人通过比较确定刑罚制造了障碍。因为自由刑是无论如何也不能和罚金刑进行轻重的比较的。

单位与个人相结合的单位共同犯罪是一种比较特殊的犯罪形式，在考虑刑事责任问题时，也应采取区别于单位与单位相结合和自然人与自然人相结合的共同犯罪的特殊对策，对犯罪单位判处财产刑，并不是因为其罪责就与财产刑等量，而是由于对单位这种特殊的主体只能适用财产刑，所以，对参与单位共同犯罪并处于从犯地位的自然人的刑事处罚，不应受作为主犯的单位的刑罚种类的限制，而应该比照作为主犯的单位中的犯罪人员从轻、减轻或免除处罚。

再如本案自然人作为主犯，而单位出于从犯地位的情况，笔者认为既然刑法规定对犯罪单位只能适用罚金刑，则对单位从犯的刑罚根据案情和犯罪单位的罚金缴付能力依法裁量即可，由于单位一般在经济能力上要远远超过自然人，因此在决定单位罚金刑数额是不能比照自然人的标准，而应当在综合考虑待补偿的犯罪损失，及单位的经济能力等情形后决定。而对单位从犯中直接责任人员的主犯、从犯，应按其在单位犯罪中的地位和作用同时与自然人主犯的地位和作用作比较之后适当裁量即可，并且直接责任人员的主犯的刑罚应轻于自然人主犯的刑罚。

综前所述，本案判决中以操纵证券交易价格罪判处被告单位上海华亚实业发展公司罚金人民币二千三百万元；被告人董沛霖有期徒刑二年零十个月；被告人何宁一有期徒刑二年零六个月；被告人李芸有期徒刑二年零六个月，合理地评价了被告单位及其直接责任人员在共同犯罪中所处的地位，其量刑比较适当的。

八、本案中主观故意的证明问题

本案中，主犯吕新建、朱焕良的另案处理给整个审理进程带来这样的困难，由于吕新建是整个操纵股票过程的策划者，其他人的行为都是在他的组织和领导下进行的，可以说他是整个操纵团队和操纵行为的灵魂。作为共同犯罪案件，其他犯罪人的犯罪行为对主犯行为具有依附性，其性质取决于主犯的行为，其主观心理内容同样受主犯支配，因此在本案主犯另案处理的情况之下，怎样查明被告

人的主观故意，是审理顺利进行成了摆在控、辩、审三方面前的重要问题。

根据前面对操纵行为的分析，操纵行为主观方面只能是故意，即明知操纵证券交易价格的行为会产生危害证券价格的运行机制和证券管理秩序，仍然决意实施这种行为并希望这种危害结果发生的主观心理状态；并且具有影响证券市场行情引诱投资者买卖证券的目的，因此本罪是目的犯，主观方面表现只能是直接的、积极的形式，间接故意和过失均不可能构成操纵行为的主观心理。不过证明行为人主观上具有操纵市场的故意是相当困难的。

在操纵市场的行为中，行为人的认识因素主要表现为行为人明知自己实施的行为属于操纵证券交易价格的行为，即使用联合操纵、连续交易、自买自卖、散布谣言等手段操纵市场，并且了解自己的操纵行为将会带来的后果。事实上，操纵证券交易价格的常常是具有丰富投资知识、经验，并熟悉相关制度、法律法规的精明投资者，他们是清楚地知道自己行为所具有的社会危害性的。

在操纵市场的行为中，行为人的意志因素主要表现为行为人对自己操纵行为所产生的后果持希望的态度，并积极追求这种结果的发生。在这一问题上，如何把握操纵证券交易价格的犯罪行为与正当的投资行为的界限相当重要。判断的主要依据是《刑法》第 182 条的规定。如果行为人实施了以联合操纵、连续交易、自买自卖、散布谣言等手段操纵市场的行为，就可推定行为人是主观故意。[①] 在我国业已存在刑法上的举证责任倒置罪名（巨额财产来源不明罪）的情况之下完全可以将这种证明责任分配的方式略加推广。事实上各国也基本上采取这种做法：

在美国，是采取列举各种违法事例来确认行为人是否具有操纵证券交易价格的故意，从 SEC 列举的事例看，它们都离开了通常的正常交易观念，也就是说，从通常的交易观念看这些事例都显得异常，因而，可以认定它们都带有违法性。[②] 这种推定的方法与我国类似。不同的是美国的次级举证责任倒置制度：在美国可以将鲁莽（recklessly）或蓄意行为作为违法的诉因，也可以用推理证据（Circumstantial evidence）作为违法的诉因，也即初级举证责任在控方。若美国 SEC 根据鲁莽或推理证据认定行为不当后，次级举证责任转向辩方，辩方有责任必须努力地收集能证明其清白的证据[③]，也即次级举证责任在辩方。由于大部分市场失当行为的意图的举证可以用不同形式的蓄意或推理证明起诉，故而大大增

---

① 参见薛瑞麟主编：《金融犯罪研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 298—300 页。

② 参见顾肖荣：《证券违法犯罪》，上海人民出版社 1994 年版，第 84—85 页。

③ 参见郎咸平：《证券交易法成败的关键》，载《中国证券报》2001 年 10 月 29 日，第 14 版。

强了美国证监会的对市场的举证能力。

在日本，通说认为能证明有法律规定的前述各种客观行为，依据正常证据规则，即可以推断行为人主观上具有“引诱他人在证券市场上进行交易”之主观目的，除非被告自行举证推翻，至于在现实中被告能否达成其目的则非所问。[①]

本案作为复杂的共同犯罪，虽然主犯吕新建、朱焕良等人另案处理，其主观心理状态不得而知，但是其他被告人的行为由于是在吕新建的策划和组织下实施的，他们的行为可以视为是吕新建本人行为的延伸，通过本案各被告人的行为，我们可以推定吕新建本人是具有操纵 0048 股票“引诱投资者买卖该股票”的主观目的。至于本案被告人们共同故意的查明将在下文相关部分论述。

九、本案中的此罪与彼罪问题

本案中各个犯罪人按照各自分工所从事的犯罪行为从性质上讲是各不相同的，融资、交易、发布消息等行为也可能独立构成犯罪，如何确定被告人所触犯的罪名，防止漏罪？我们必须探讨这些罪名与操纵证券交易价格罪的关系，结合案情正确认识犯罪性质，划清此罪与彼罪之间的界限。

（一）本罪与编造并传播证券交易虚假信息罪的区别

本案中吕新建的另一身份是一个有一定影响的股评家“K 先生”，吕新建以此身份在操纵 0048 股票的同时，明知该公司业绩为虚假，不断在各大证券媒体上发布关于“康达尔”（后“中科创业”）的投资评估报告、前景展望等文章，在重组康达尔公司之后，又指使下属发布虚签合同引进“中子刀”、“苜蓿草”项目等虚假利好消息，这些都是为配合证券市场炒作而适时地编造并传播的虚假信息，完全符合编造并传播证券交易虚假信息罪的犯罪构成。因此我们必须对两罪的关系加以探讨。

操纵行为原本可以分为市场交易操纵和场外信息操纵，前面已经论及事实上为了使操纵行为达到更好的效果，使之更加有效率，两类操纵行为往往结合在一起，相互配合，使得投资者对证券形势更加确信，提高投资者买卖该证券的可能性。国外大多数国家和地区，如美国、日本、韩国、我国台湾地区等，都是将散布虚假信息作为操纵证券交易价格犯罪的一种行为方式来规定的。我国早期的有关法律也是如此规定的。直到 1997 年新刑法通过时，才将二者作为单独的罪行来规定。但是理论上一般认为编造并传播证券交易虚假信息属于“以其他方法操纵证券价格”的行为。

---

① 参见顾肖荣、张国炎：《证券期货犯罪比较研究》，法律出版社 2003 年版，第 190 页。

依照我国新《刑法》第181条第1款的规定，编造并传播证券交易虚假信息罪是指单位或个人编造并传播影响证券交易的虚假信息，扰乱证券市场，造成严重后果的行为。操纵证券交易价格罪与编造并传播证券交易虚假信息罪有很多相同之处，主要表现为：两罪的主体都是一般主体，都属于故意犯罪，侵犯的客体也有相同之处，客观行为也可能有交叉情况，都可能表现为编造、传播、提供虚假信息的行为；犯罪性质都属于证券欺诈行为。但两罪也有明显的区别，主要表现在以下几个方面：

（1）直接客体不同：操纵证券交易价格罪侵犯的直接客体是证券交易中的公平竞争机制；编造并传播证券交易虚假信息罪侵犯的直接客体则是证券市场的信息管理秩序，间接侵犯了正常的证券交易管理秩序。

（2）客观方面不同。本罪表现为行为人实施刑法所规定的法定的操纵行为，包括编造，散布虚假证券交易信息的行为；而后罪客观方面只限于行为人实施了编造并传播虚假证券交易信息的行为，要求行为人同时具有“编造”、“传播”两种行为缺一不可。而且，本罪要求“情节严重”，后罪要求“造成了严重后果”。“情节严重”比“造成了严重后果”要广泛，也就是说进行操纵证券交易价格行为除了造成严重后果以外，还有其它严重情节也可以构成本罪。但是后罪的构成只能是“造成了严重后果”，如果没有造成严重后果，即使有其它严重情节，也不能构成本罪。

（3）主观方面的内容不同。本罪行为人在主观上有意图操纵证券交易价格之故意，且具有引诱投资人买卖证券的目的，而后罪的成立不要求行为人在主观上具有特定的犯罪目的。

一般而言，凭借构成要件的不同，可以将两罪区别开来，但就证券市场而言影响证券交易价格的行为是多种多样，在很多情况下，两罪彼此交错，就相当不容易定罪处理，这种情况大致包括：①操纵者自己编造并传播影响证券交易的虚假信息，同时又采取《刑法》第182条规定的行为方式操纵证券交易价格。②行为人自己编造并传播影响证券交易的虚假信息，在信息发生作用致使证券上涨到一定价位或者跌落到一定价位时，一次卖出或者一次买入足够数量的证券；③若干行为人有预谋地进行操纵，为此必须进行合作，一部分行为人专门编造并传播影响证券交易的虚假信息，另一部分行为人专门依《刑法》第182条规定的行为方式操纵证券交易价格。

对第一种情况，有人认为：行为人完全符合两罪的构成特征，分别构成编造并传播证券交易虚假信息罪和操纵证券交易价格罪，应该依法对两罪实行数罪并

罚。[1] 笔者认为这种说法值得商榷，对该种情况应区别对待：当行为人自己实施了编造并传播影响证券交易的虚假信息的客观行为，主观上并无引诱投资人买卖证券的特定目的，行为人的行为构成后罪；行为人客观实施了编造并传播影响证券交易的虚假信息行为，主观上具有引诱投资人买卖证券的目的，则行为人构成操纵证券交易价格罪这一目的行为与编造并传播影响证券交易价格罪这一方法行为的牵连犯，由于法律没有明文规定该牵连犯罪实行数罪并罚，因此可依据牵连犯的一般处罚原则即“从一重”处断。

第二种情况具有一定迷惑性，在承认法条竞合包括交叉竞合情况的前提之下，笔者认为这是法条竞合的一种表现。从前面所述的两罪犯罪构成的异同可以看出，实际上在行为人受获取利益动机驱使，希望通过“编造并传播虚假信息”诱使投资者买卖证券以影响证券价格的情况之下两罪的构成是重合的，而且两罪的法定刑完全一样，不分轻重。笔者认为在这种情况下按操纵证券交易价格罪论处更为合理，原因在于“情节严重”较“造成严重后果”门槛较低，说明立法者倾向于认为操纵证券交易价格的行为是重行为，该罪是二者中的重罪，而且其实这种行为也是“场外信息操纵”的典型形式，主观上具有通过影响证券价格获取不正当利益的心理状态；更符合操纵证券市场交易价格罪的构成特征。

对于第三种情况，应该根据具体案情斟酌处理：①在编造并传播证券交易虚假信息造成严重后果，而操纵证券交易价格尚未达到情节严重时，应按照编造并传播虚假交易信息的共同犯罪定性处理；②在编造并传播证券交易虚假信息尚未造成严重后果，而操纵证券交易价格行为情节严重时，应按照操纵证券交易价格罪的共同犯罪定性处理；③在编造并传播证券交易虚假信息造成了严重后果，且操纵证券交易价格情节严重时，应依牵连犯的处罚择一重处断。在具体的处理上可考虑哪一种行为造成的后果更严重，如果编造并传播虚假证券交易信息罪的后果比操纵证券交易价格罪的后果更为严重，则以编造并传播虚假证券交易信息罪的共同犯罪定罪处罚。反之，以操纵证券交易价格罪的共同犯罪定罪处罚。

（二）本罪与诱骗投资者买卖证券罪的区别

前面已经论述，操纵证券交易价格的行为本身具有诱骗投资者买卖证券这一欺诈性质，因此本质上也是一种诱骗投资者买卖证券的行为。操纵者在利用其资金、信息、持股的优势在对证券交易价格进行操纵的同时离不开其他投资者的参与，操纵者正是利用投资者趋利避害的心理，诱骗其他投资者在不了解真实情况

---

① 参见丁慕英等主编：《刑法实施中重点难点问题研究》，法律出版社1998年版，第718页；祝二军主编：《证券违法与犯罪的认定》，人民法院出版社2000年版，第459页。

的基础上做出投资决定，从而达到其获取利益的减少损失的目的。《刑法》第181条规定了诱骗投资者买卖证券罪“诱骗投资者买卖证券罪是指证券交易所、证券公司的从业人员、证券业协会或者证券管理部门的工作人员，故意提供虚假信息或伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券，造成严重后果的行为。”可见二者在犯罪目的、犯罪手段等反面都有相似之处，本罪与诱骗投资者买卖证券罪的主要区别是：①犯罪的主体不同：构成本罪的主体为一般主体；而构成后罪的为特殊主体，即仅限于证券交易所，证券公司的从业人员、证券业协会或证券管理部门的工作人员。②客观方面不同，构成本罪的，要求行为人在客观上实施了刑法规定的操纵证券市场的行为，其中包括提供虚假信息，而构成后罪的，则表现为行为人在客观上故意提供虚假证券交易信息或伪造、变造、销毁交易记录的行为。

本案中，吕新建等人也有通过证券营业部向其客户传播虚假信息以帮助其融资的行为。此外笔者还认为，各类证券媒体虽然没有包含在该罪的主体范围之内，但根据其所具有的信息传播功能，其影响所及范围，以及其应当恪守的客观真实反映情况传达信息的职业道德，决定了他们在证券活动当中也处于重要地位，应当可以构成本罪主体之一。对本案中上述吕新建指使证券营业部故意提供虚假信息，配合其操纵证券交易价格的行为应做具体区分：

（1）提供虚假信息，造成了严重后果，但操纵证券交易价格的行为未达到“情节严重”，则证券交易所、证券公司的工作人员、证券业协会和证券管理部门的工作人员构成诱骗投资者买卖证券罪，但操纵者是否构成该罪的共同犯罪，就颇为复杂。因为上述行为涉及身份犯和非身份犯能否构成共同犯罪的问题，因而其认定比较困难。无身份者与有身份者能否构成真正身份犯的共同实行犯，应当根据具体情况而定。有学者指出，凡无身份者能够参与真正身份犯的部分实行行为的，可以与有身份者构成共同实行犯；凡无身份者根本不能参与真正身份犯的实行行为的，即不能与有身份者构成共同实行犯。[①] 我们认为操纵者虽不具有构成诱骗投资者买卖罪的身份。但他完全可以与上述主体共同实施提供虚假信息的行为，并可利用上述主体的身份。因此可以构成诱骗投资者买卖证券罪的共同实行犯。

（2）提供虚假信息的行为未造成严重后果，但操纵者的操纵行为已达“情节严重”的定性，此种情况可以做以下区分：①上述主体与操纵者共同实施操纵证券交易价格罪的定罪处罚。此种行为也即无身份者与有身份者共同实施不真正身

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 583 页。

份犯。有学者指出：根据无身份者是否参与有身份者利用职务之便的行为区别对待。如果无身份者参与有身份者利用职务之便的行为，无身份者构成不真正身份犯的共同实行犯，对有身份者按照不真正身份犯之行为处罚，对无身份者从轻处罚；如果无身份者未利用有身份者的职务之便，共同实施某些真正身份犯的行为，无身份者都按照无身份者行为构成的犯罪定罪科刑。有身份者按照有身份者行为构成的犯罪定罪科刑。[①] 依此理论，笔者认为操纵者通过上述主体提供虚假信息的行为显然是利用了其职务上的便利，来完成其操纵目的。因此，上述主体构成共同操纵证券交易所价格罪。②上述主体通过提供虚假信息帮助操纵者实施操纵证券交易价格罪的定罪。此种情况，上述主体与操纵者构成操纵证券交易价格罪的共同犯罪，对上述主体应以操纵证券交易价格罪的从犯论处。因为“有身份者教唆或帮助无身份者实施某种非身份犯的犯罪，有身份者应以非身份犯的教唆犯或从犯论处。”[②]

（3）提供虚假信息的行为造成了“严重后果”，而操纵者的操纵行为又达到了“情节严重”的定罪。对此种情况应按照牵连犯“择一重罪处罚”。因该种行为属于目的行为与方法行为的牵连。行为人以提供虚假信息的方法，实现操纵证券交易价格的目的。具体而言，可考虑适用诱骗投资者买卖证券罪定罪处罚，因该罪法定刑较操纵证券交易价格罪的法定刑重。

此外，在我国证券市场，有很多证券公司都从事自营证券业务，如果其通过提供虚假信息，销毁交易记录等手段，来完成对自营证券的操纵，其行为具有更大的社会危害性，对证券公司通过提供虚假信息，对自营证券进行操纵的定性也应区分不同情况：

（1）如果提供虚假信息，造成了严重后果，而其操纵行为尚未达到“情节严重”，则应以诱骗投资者购买证券罪定罪处罚。

（2）如果提供虚假信息，未造成严重后果，而其操纵行为已达到“情节严重”，应依操纵证券交易价格罪定罪处罚。

（3）如果其提供虚假信息，造成严重后果，而且其操纵行为已达到“情节严重”，同时符合两罪的构成要件，应按牵连犯，从一重处断，相比较而言，应以诱骗投资者买卖证券罪定罪处罚。

（三）本罪与内幕交易、泄露内幕信息罪的区别

依照我国《刑法》第 180 条的规定，内幕交易、泄露内幕信息罪是指证券交

---

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 583 页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 583 页。

易内幕信息的知情人或者非法获得证券交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或卖出该证券，或者泄露该信息，情节严重的行为。虽然操纵证券交易价格犯罪与内幕交易、泄露内幕信息罪有一些相似之处，如都要求情节严重，而且在主体、客体、客观方面等也有一些共同之处。但两者还是有着明显的区别，其区别主要集中在以下几个方面：

（1）犯罪主体不完全相同。操纵证券交易价格犯罪的主体一般是投资者，而且主要是投资大户。当然，如果内幕人员作为投资者实施操纵市场的行为，也可成为操纵证券交易价格犯罪的主体，但他是以投资者的身份实施的该行为。内幕交易、泄露内幕信息罪的主体，尽管在理论上说是一般主体，但实际上，绝大多数都是发行人的内幕人员。当然，非内幕人员如果非法利用内幕信息，也可能构成此罪。

（2）犯罪的主观方面不完全相同。操纵证券交易价格犯罪在主观方面只能是故意，且具有影响证券价格，引诱投资者买卖证券这一特定目的过失行为不能构成本罪；而内幕交易、泄露内幕信息罪的主观罪过既可能是出于故意，也可能是出于过失，而且并不具有特定的目的。

（3）犯罪的客观方面也不完全相同。操纵证券交易价格罪在客观方面表现为以获取不正当利益或者转嫁风险为目的，操纵证券、期货交易价格，情节严重的行为。而内幕交易、泄露内幕信息罪在客观方面则表现为，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开以前，买入或卖出该证券、或泄露该信息，情节严重的行为。其前提条件在于既存的重大内幕信息，这是对证券价格有重大影响而未披露的真实情况。操纵证券交易价格罪的不公平之处在于，其所发布的信息，是行为人自己人为地创造出来的。而内幕交易、泄露内幕信息罪的不公平恰恰在于，犯罪主体先于其他投资者知悉有关信息，把信息泄露给他人或者自己提前作出对自己有利的投资决策。譬如本案中，吕新建等人为操纵 0048 股票，通过董事会完全控制了中科创业公司，已经吸纳大量股份，再抛出炮制的信息，使股价升高，从表面上看也符合内幕交易的构成特征，但仔细研究，不难发现其区别的关键在于“信息”产生的先后顺序，这也是推定其主观目的的关键。

当然，我们不能排除在操纵股票的过程当中有可能出现已经存在未披露的重大信息而吸纳更多的股票的行为。这一方面可以增加获利，另一方面大量吸纳本身可以向市场传达一种好的信息。但笔者这种行为不能从整个操纵行为中独立出来，它是完整的操纵过程的一个不可分割的环节。

十、本案中涉及的共同犯罪问题

本案是多个犯罪人（单位）细致分工、各司其职，相互呼应、配合，整个犯罪过程精密运转的复杂共同犯罪案件，正确认定各犯罪人的共同犯罪故意，及其在共同犯罪中所处的地位、作用，是准确定罪并合理厘定犯罪人应受的刑罚的前提和保障，本案中争议较大的主要有以下问题：

（一）共同故意的认定

本案多名辩护人认为丁福根、董沛霖、李芸、何宁一等被告人要么是在执行上级指示，要么是提供融资帮助，并没有参与操纵证券价格的故意，而都以被告人不具备共同故意而作无罪辩护。我国《刑法》规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”这意味着是共同故意把共同犯罪行为融为一体，共同指向一个危害目的，没有共同故意就没有共同犯罪。共同故意是指“各行为人通过意思的传递、反馈而形成的、明知自己是和他人配合共同实施犯罪，并且明知共同的犯罪行为会发生某种危害社会的结果，而希望或放任这种危害结果发生的心理态度”。[①]

共同犯罪人之间的主观联系是通过个人之间的意思联络进行的，意思联络是一种积极的心理态度，反映着行为人的主观愿望，表明共同犯罪人谋求共同行动的主动性和倾向性。正是通过意思联络，数个行为人的犯罪故意才能同化为一体，不仅产生共同的认识，而且形成共同的意志，共同指向一个危害目的。所以，意思联络是数个行为人形成共同故意的重要标志。意思联络就是共同犯罪人之间通过明示或默示的方式表明愿意共同实施危害社会行为的心理倾向。[②] 暗示的方法，就是共同犯罪人将自己的共同犯罪意思不明确地表现在客观外部，他人根据习惯或经验可以推定某人已产生共同犯罪的意思。本案中行为人之间就是典型地形成默契“心照不宣”的暗示的意思联络。

辩护人显然忽视了本案被告人的证券从业人员的身份，事实上本案的犯罪人几乎都是从业多年，具有丰富证券理论知识与证券实务经验的人员。根据吕新建本人的行为及其所下达的指示，可以轻易地明了其所进行的正是操纵证券价格的行为，并且对自己所从事的行为的性质有着清醒的认识，也就是说在行为人的认识因素上行为人明知自己是在与他人配合共同操纵股票价格，并且明知这种行为是法律法规所禁止的，实施该行为将导致对证券市场管理秩序的破坏；在意志因

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学（上）》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 232 页。

② 参见姜伟：《论共同故意》，载《法商研究》1994 年第 4 期。

素上，行为人在明知上述情况的前提之下，仍然遵照指示积极行动，说明其主观上对这种危害结果的发生至少是持放任的态度，因此完全可以认定行为人的故意。同时这种积极行为落在同样是“行家”的吕新建眼中，自然是代表着肯定性的默认承诺，从而完成了双方之间的意思联络，从而形成了共同故意。因此这种辩护理由是站不住脚的。

在本案所列的数被告人中，被告人丁福根对吕新建操纵股市整个行为的主观明知性最为明显。其于1999年1月正式接触到吕新建所有的0048股票，在知道了吕新建与朱焕良的合谋协议后，积极协助吕新建完成建仓、操盘等行为。从帮助吕新建接盘3 000万股，到接受吕新建指令，继续接盘至吕新建一方最高持股5 000余万股，最后到股价一路下滑的不可控制，都是丁福根在吕新建指使下操作、管理的。不仅如此，在吕新建从277万股开始融资到吕新建集中了54亿元的资金来操纵股市方面，丁福根也做了大量的帮助起草协议、管理资金划拨等方面的工作。更何况，作为交易指令的除吕新建之外的另一重要下达人、交易指令传达者，其对自买自卖、自行倒仓等行为会影响成交量和价格也是非常清楚的。

董沛霖作为本案的第二被告，其主要作用就体现在明知吕新建准备操纵0048股票，需要巨大的资金量，不仅自己融资、还组织他人融资，融资数额巨大，买卖股票数额大。①作为融资人，为了降低融资风险，必然尽力在事前了解融资用途；②长期、多次个人融资并组织融资，完全有可能甚至应当得悉融资用途；③其本人曾经承包过证券业务营业部，对坐庄的概念和股票走势与庄家的关系都很清楚；应吕新建要求，替吕新建顶账海口一家营业部的1 000万股0048股票，以逃避证监会监管，可以看出他对吕新建持股优势的明知。

李芸、何宁一作为融资人和直接用自己融资款买卖股票的人员，因他们毕竟是受董沛霖的指使所为，相对董沛霖而言行为责任轻、作用小，但他们同样具有共同的犯罪故意，行为责任影响的是量刑不是定罪。

本案的另一融资人边军勇的主观明知性参考对董沛霖、李芸、何宁一的上述分析也可以作出肯定的答案。

庞博在中科创业公司成立伊始，就一直跟随着吕新建，从吕新建接受第一笔277.9万股转托管过来的股票开始，她就一直参与其中，并作为吕新建的主要操盘手，对全国各地的营业部交易员下达指令，还享有与丁福根一样的资金划拨权、代理开户权，并进行融资，此外，还制作持仓表等表格为吕新建的操纵行为提供参考。事发后，随丁福根等人到海南、上海等地躲避追查。以上我们可以很明确地看出她对吕新建操纵行为及自己行为性质的明知性。

(二) 共同犯罪中主犯的界定

本案中，丁福根的辩护人与控方就丁福根在本案中的作用发生了争议，其认为，丁的行为是在吕新建的指挥之下执行指示的行为，在本案中起到的是辅助的、次要的作用，应当按从犯论处。这就涉及共同犯罪中主犯的界定问题。

确定共同犯罪人的类型只能根据其在共同犯罪中所起的作用来判断，根据《刑法》第 26 条第 1 款的规定“主犯是指组织领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。”本案中丁福根的行为只可能构成后者。

在一般共同犯罪中直接实行犯罪起主要作用的，即在共同犯罪中起主要作用的实行犯，是犯罪的重要实行者。它可能表现为以下几种情况：犯意的发起者、犯罪的纠集者、犯罪的指挥者、犯罪的主要责任者、犯罪的主要实行者。① 其中“犯罪的指挥者”是指在共同犯罪中起到协调各共同犯罪人行为，使之相互配合的人；“犯罪的主要责任者”是指共同犯罪人可能具有一定的职务、承担一定责任，职务的大小往往与刑事责任的大小具有某种关系；“犯罪的主要实行者”是共同犯罪的积极参与者，或者是犯罪结果的主要致使者。② 有学者指出认定其他主犯应当综合考察以下几个方面的情况：①实行犯罪前犯罪人的表现，如是否主动要约他人犯罪，是否出谋划策等；②实行犯罪过程中犯罪人的表现，如是积极主动地实施犯罪活动还是消极被动地参与实行犯罪，其行为是犯罪结果发生的主要原因还是次要原因等。③犯罪完成后犯罪人的表现，如是否控制、支配赃款、赃物，是否组织、指挥逃跑，布置反侦查活动。③

在本案中丁福根自知道了吕新建与朱焕良的合谋协议后，积极协助吕新建完成建仓、操盘等行为。在整个操纵犯罪过程中，都是丁福根在吕新建授意下进行操作、管理的。作为交易指令的除吕新建之外的另一重要下达人、交易指令传达者，它直接指挥了大量的各地账户间的对敲、“自买自卖”，不仅如此，在吕新建从 277 万股开始融资到吕新建集中了 54 亿元的资金来操纵股市方面，丁福根也做了大量的帮助起草协议、管理资金划拨等方面的工作，可以清楚、轻易地看出丁福根在本案中所起到的组织协调作用，以及积极主动的犯罪态度，甚至吕新建根据其“工作成绩”奖励其一套住房。在案发后，还协助庞博等人出逃海南、上海。从丁福根在本案中的表现我们可以断定他的主犯身份。

---

① 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社 1992 年版，第 190—192 页；林亚刚：《主犯若干问题的探讨》，载《法制与社会发展》2003 年第 5 期，第 122 页。

② 参见陈兴良：《刑法适用总论（上卷）》，法律出版社 1999 年版，第 534 页。

③ 高铭暄主编：《新编中国刑法学（上）》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 242 页。

十一、结语

本案从提起公诉到最后一审宣判历时近 10 个月，起诉时提交的各类材料卷宗达 512 册，案情之复杂可见一斑。本文所探讨的只是笔者认为在本案中对于一般操纵证券交易价格案有代表性的共性问题，也是笔者比较感兴趣的问题，相对于实践中存在的大量的实体法及程序法问题只是极小的一部分，但也涉及刑法总则、分则中的许多问题，已是颇为可观。这也正说明对本案的重大价值，本案的审理过程及对本案中存在问题的研究必将对今后此类案件的审判实践中起到启示、示范与指导的作用。

如果说本案的判决微有瑕疵的话，那就是并未追究证券营业部及相关人员的刑事责任。本案中证券营业部实施了许多法律法规所禁止的违法行为，如擅自挪用客户保证金，挪用营业部资金，进行违规融资活动；以营业部名义与他人签订融资类合同；违规开设资金账户，为他人提供股东账户；明知客户的交易行为属于违法操纵行为而提供违规服务等行为。这些行为都是在明知吕新建等人操纵 0048 股票的情况下而实施的，相对于本案中被定罪处刑的各被告人（单位），由于其在证券市场中的地位作用及其本身应当承担的特定的行业自律义务，其行为具有更大的客观危害性和主观恶性，完全应该追究其刑事责任。

总之，通过对本案的研究，笔者深感我国加强证券市场监管的必要性与紧迫性，根据 2004 年年初国务院发布的《国务院推进资本市场改革发展的九点意见》依法加强证券市场监管已经成为时代的要求。刑法作为社会关系保障的最后依靠，在维护证券市场秩序的规则体系中，必将起到更加重要的作用。

（撰稿人　杨昕宇*）

* 英国曼彻斯特大学博士研究生。

附录一：

北京市第二中级人民法院刑事判决书

（2002）二中刑初字第541号

公诉机关：北京市人民检察院第二分院

被告单位上海华亚实业发展公司，注册经营地上海市浦东南路1469号。

诉讼代表人任伶俐，上海华亚实业发展公司工作人员。

被告人丁福根，男，37岁（1965年6月26日出生），汉族，出生地浙江省绍兴市，大学文化，中科创业投资有限公司工作人员，住本市海淀区中关村48楼306号。因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，于2001年4月11日被羁押，同年5月18日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人柴冠宏、庹砺，北京市同达律师事务所律师。

被告人董沛霖，男，49岁（1954年1月5日出生），汉族，出生地上海市，大学文化，上海华亚实业发展公司法定代表人，住本市海淀区阜城路北三街7号院1号楼202号。因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，于2001年2月3日被羁押，同年4月19日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人付文红，北京市铎声律师事务所律师。

辩护人高明，北京市竞天公诚律师事务所律师。

被告人庞博，女，27岁（1975年7月24日出生），汉族，出生地黑龙江省牡丹江市，大学文化，中科创业投资有限公司工作人员，住黑龙江省牡丹江市西安区1委23组火炬办事处西一条路。因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，于2001年2月19日被羁押，同年4月19日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人艾海峰、师永刚，北京市中洲律师事务所律师。

被告人何宁一，男，45岁（1957年4月14日出生），汉族，出生地浙江省，大学文化，杭州华亚实业公司法定代表人，住浙江省杭州市上城区光复路24号中单元302室。因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，于2001年2月2日被羁押，同年5月24日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人李宝昆、刘彦龙，北京市天亚律师事务所律师。

被告人李芸，男，49岁（1954年4月1日出生），汉族，出生地浙江省永嘉县，大学文化，上海华亚实业发展公司总经理，住上海市徐汇区高安路1弄4号。因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，于2001年2月3日被羁押，同年4月19日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人陶雷，北京市昆仑律师事务所律师。

被告人边军勇，男，31岁（1971年10月16日出生），汉族，出生地河北省束鹿县，高中文化，北京克沃科技有限公司法定代表人，住本市宣武区西便门内大街79号6楼331、332号。因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，于2001年2月2日被羁押，同年5月24日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人铁振铎，北京市恒泰信和律师事务所律师。

被告人刘蕾，女，32岁（1970年11月21日出生），汉族，出生地北京市，大专文化，无业，住本市海淀区中关村48楼306号。因涉嫌犯窝藏罪，于2001年4月11日被羁押，同年5月18日被逮捕。现羁押在北京市看守所。

辩护人崔钺、廖毅，北京市同达律师事务所律师。

北京市人民检察院第二分院以（2001）京检二分审字第231号起诉书指控被告单位上海华亚实业发展公司、被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇犯操纵证券交易价格罪，被告人刘蕾犯窝藏罪，于2002年5月9日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。北京市人民检察院第二分院指派代理检察员吴春妹出庭支持公诉，被告单位上海华亚实业发展公司的诉讼代表人任伶俐，被告人丁福根及其辩护人柴冠宏、庹砺，被告人董沛霖及其辩护人付文红、高明，被告人庞博及其辩护人艾海峰、师永刚，被告人何宁一及其辩护人李宝昆、刘彦龙，被告李芸及其辩护人陶雷，被告人边军勇及其辩护人铁振铎，被告人刘蕾及其辩护人崔钺、廖毅到庭参加诉讼。现已审理终结。

北京市人民检察院第二分院起诉书指控：

1998年12月至2001年1月间，吕新建与朱焕良经合谋，意图操纵股票代码为0048，股票名称为康达尔的流通股。后吕新建先后指使被告人丁福根、庞博、边军勇等人并联合被告人上海华亚实业发展公司、董沛霖等人（或机构）在北京、上海、浙江等20余个省、自治区、直辖市以中科创业投资有限公司、北京克沃科技有限公司等公司或被告人丁福根、边军勇等个人名义，与100余家出资单位或个人签订合作协议、委托理财协议等，筹集资金共计人民币54亿余元，在申银万国证券股份有限公司上海陆家浜营业部、中兴信托投资有限责任公司北京亚运村营业部等120余家营业部，先后开设股东账户1 500余个，同时采取以不转移实际控制权为目的的自买自卖，及利用购买深圳康达尔公司法人股并进入

该上市公司董事会发布信息从而影响 0048 股票交易价格等方法，联合或连续买卖 0048 股票，其间最高持有或控制 0048 股票共计 5 600 余万股（持股占 0048 股票流通股份的 55.36%），严重影响 0048 股票的交易价格及交易量，操纵 0048 股票交易价格。

被告人丁福根明知吕新建意图操纵 0048 股票交易价格，还接受吕新建的指使，对 20 余个省、自治区、直辖市 120 余家营业部所开设的1 500 余个股东账户及所筹集的资金 54 亿余元，亲自或指使被告人庞博等人进行全面管理、调拨等，并亲自联系或参与筹集资金合同的签订，同时以被委托人的身份在营业部内从事开户、证券买卖、转托管、指定交易与撤销指定交易、存取款、清户和转授权等活动。

被告人丁福根、庞博在吕新建的指使下，根据吕新建的要求同时或分别向被告人边军勇、董沛霖、何宁一、李芸、上海华亚实业发展公司及杭州华亚实业公司等人（或公司）在所控制的 1 500 余个股东账户、120 余家营业部下达买卖指令，严重影响 0048 股票的交易价格及交易量，操纵 0048 股票交易价格。

被告人董沛霖在担任上海华亚实业发展公司法定代表人期间，在明知吕新建意图操纵 0048 股票交易价格，需要资金的情况下，还亲自或指使被告人何宁一以杭州华亚实业公司、被告人李芸以上海华亚实业发展公司等名义在黑龙江、浙江、上海等地，采取以上海华亚实业发展公司、杭州华亚实业公司等或董沛霖个人名义与出资单位或个人签订借款合同、资产委托管理协议书等形式筹集资金共计人民币 7 亿余元用于为吕新建操纵 0048 股票交易价格使用。

被告人何宁一在担任杭州华亚实业公司法定代表人期间，在董沛霖指使下，明知吕新建意图操作 0048 股票交易价格，还先后在浙江省采取以杭州华亚实业公司等名义与出资单位或个人签订借款合同等形式筹集资金 3.2 亿余元，并亲自或指令他人将所筹集的资金根据被告人董沛霖、丁福根、庞博等人的自买自卖等要求，完成买卖交易行为，操纵 0048 股票交易价格。

被告人李芸在担任上海华亚实业发展公司总经理期间，在被告人董沛霖的指使下，明知吕新建意图操纵 0048 股票交易价格，还先后在上海、江西等地采取以上海华亚实业发展公司等名义与出资单位或个人签订借款协议、资产委托管理协议等形式筹集资金 3.1 亿余元，并亲自或指令他人将所筹集资金根据被告人董沛霖、丁福根、庞博等人的自买自卖等要求完成买卖交易价格。

被告人边军勇在吕新建指使下，明知吕新建意图操纵 0048 股票交易价格，而在吕新建成立北京克沃科技公司担任法定代表人，并利用该公司等名义先后在湖北、北京等地与出资单位签订投资委托协议书、投资合作协议书等形式筹集资

金 1.4 亿余元，并亲自或指令他人将所筹集的资金根据被告人丁福根、庞博等人的自买自卖等要求，完成买卖交易行为，操纵 0048 股票交易价格。

被告人刘蕾于 2001 年 1 月至 4 月间，在明知被告人丁福根因操纵 0048 股票行为可能被公安机关查处的情况下，而将被告人丁福根藏匿于北京市宣武区陶然亭四平园 3 楼 7 单元 502 号，并为自己及被告人丁福根制作假身份证两张，以此逃避公安机关抓捕。

公诉机关向本院移送了证人李文、王少华、陈枫、庄严、毛卫兵、朱文学、宁欣然等 482 名证人的证言；审计报告、营业部融资协议书、补充协议书、授权委托书、合作协议书、委托理财协议书、承诺书、合作理财合同、资金委托协议书、投资委托协议书、借款协议、委托监控质押证券资产协议书、支付人民币借款担保费用合同、股票质押融资监管协议书、信托资产管理合同、委托管理国债协议书、项目投资协议书、资产委托管理合同及深圳证券交易所的综合报告等书证；各被告人的供述以及伪造的身份证等证据，以证明所指控的事实。

公诉机关认为，被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇及被告单位上海华亚实业发展公司操纵证券交易价格，获取不正当利益，触犯了《中华人民共和国刑法》第 182 条之规定，均构成操纵证券交易价格罪；被告人刘蕾明知被告人丁福根涉嫌犯罪而为其提供住所等便利，帮助其逃匿，触犯了《中华人民共和国刑法》第 320 条第 1 款之规定，构成窝藏罪，提请本院依法惩处。

被告人丁福根辩称，其不明知吕新建操纵 0048 股票交易价格，没有操纵证券交易价格的故意。丁福根的辩护人柴冠宏、庹砺提出的辩护意见是：丁福根不具有操纵证券交易价格的故意；本案中的“倒仓”和“对敲”行为已使股票所有权发生了转移，不属于刑法规定的“自买自卖”情形；丁福根系本案的从犯。

被告人董沛霖辩称，其当时不明知吕新建操纵证券交易价格。董沛霖的辩护人付文红、高明提出的辩护意见是：董沛霖的行为系职务行为，属单位犯罪，董沛霖只应承担单位直接负责的主管人员的责任；董沛霖及其所属公司仅参与了筹集资金，未实施操纵证券交易价格行为；董沛霖为了使吕新建偿还欠其的合法债务才实施了融资行为，其单位获取的是联系、介绍资金的中介费，没有通过 0048 股票价格的异常波动获得不正当利益。

被告人庞博对起诉书指控的犯罪事实未提出异议。庞博的辩护人艾海峰、师永刚提出的辩护意见是：庞博未参与谋划操纵证券交易价格，其行为均是机械性的传达指令；庞博系主动投案自首，希望对其免予刑事处罚。

被告人何宁一辩称，其事先不知道吕新建操纵证券交易价格。何宁一的辩护人李宝昆、刘彦龙提出的辩护意见是：何宁一是以所在公司的名义融资，其参与

的六笔融资贷款条件是吕新建制定的，其不清楚质押款的来源和贷款的去向，对担保单位情况亦不清楚；其未提供股东卡，也不明知丁、庞二人自买自卖、对敲、倒仓的情况，建议对何宁一免予刑事处罚。被告人李芸辩称，其没有操纵证券交易价格的故意，也没有实力、资格操纵证券交易价格，其所实施的是职务行为：起诉书指控的54亿元融资款存在重复计算的情况。李芸的辩护人陶雷提出的辩护意见是：李芸及上海华亚实业发展公司没有操纵证券交易价格的故意，也没有证据证明李芸在明知吕新建意图操纵0048股票价格的情况下，通过操纵证券交易价格转嫁风险，获取不正当利益；本案事实不清、证据不足，应宣告李芸无罪。

被告人边军勇对起诉书指控的犯罪事实未提出异议。边军勇的辩护人铁振铎提出的辩护意见是，边军勇系从犯，仅起次要和辅助作用，且认罪态度好，无前科劣迹，希望对其适用缓刑。被告人边军勇的辩护人当庭宣读了三峡证券有限责任公司北京小黄庄路证券营业部关于边军勇在该营业部工作期间表现的证明，该证明反映，边军勇自1997年3月至2000年3月任该公司经纪部经理，1997年获优秀员工称号。

被告人刘蕾对指控的犯罪事实尚能供认，但辩称，其是出于与丁福根的夫妻关系，实施了起诉书指控的行为。刘蕾的辩护人崔钺、廖毅提出的辩护意见是，刘蕾犯罪情节轻微，认罪、悔罪，且系初犯，希望对其免予刑事处罚。

经审理查明：

一、1998年11月至2001年1月期间，吕新建与朱焕良（均另行处理）合谋操纵深圳康达尔（集团）股份有限公司的流通股（股票名称为康达尔A，股票代码0048，以下简称为0048股票），双方签订了合作协议，并按约定比例共同持有0048股票。

在吕新建的指使下，被告人丁福根、庞博、董沛霖、何宁一、李芸、边军勇等人，在北京、上海、浙江等20余个省、自治区、直辖市，以单位或个人名义，先后在申银万国证券股份有限公司上海陆家浜营业部、中兴信托投资有限责任公司北京亚运村营业部等120余家证券营业部开设股东账户1 500余个；并通过相关证券公司的营业部等机构，以委托理财、国债回购、借款等方式，向出资单位或个人融资人民币50余亿元，用于操纵0048股票。其间，吕新建利用海南燕园投资管理有限公司、海南沃和生物技术有限公司、民乐燕园投资管理有限公司等公司，大量收购深圳康达尔（集团）股份有限公司法人股，并控制了该公司董事会。后吕新建将深圳市康达尔（集团）股份有限公司更名为深圳市中科创业投资（集团）股份有限公司（股票名称为中科创业），并通过发布开发高科技产品、企

业重组等“利好”消息的方式影响0048股票的交易价格。

在操纵0048股票的过程中，丁福根、庞博根据吕新建的指令，在与朱焕良商定了0048股票交易的时间、价位、数量后，亲自或指令他人交易0048股票。为分散持有0048股票的数量，掩盖操纵0048股票价格的行为，丁福根、庞博、何宁一、李芸、边军勇等人利用开设的多个证券交易账户和股东账户，集中资金优势、持股优势，联合、连续对0048股票进行不转移所有权的自买自卖等操纵活动。吕新建一方最高持有或控制0048股票达5 600余万股，占0048股票流通股总量的55.36%，严重影响了0048股票交易价格和交易量。被告人丁福根等人还接受吕新建指令，通过对中西药业、马钢股份、莱钢股份、岁宝热电等股票的交易，获取利润，用于维持0048股票价格的稳定和偿还巨额融资款。

被告人董沛霖在担任上海华亚实业发展公司法定代表人期间，明知吕新建意图操纵0048股票，仍与其所在公司总经理李芸及杭州华亚实业公司法定代表人何宁一商定，通过帮助吕新建融资为各自所在公司获取利益。

被告人董沛霖亲自及指使被告人何宁一、李芸等人共为吕新建融资人民币7.7亿余元。其中，被告人董沛霖通过哈尔滨腾达典当行、辽宁证券有限责任公司沈阳总站路营业部等7家营业部或出资单位，采取国债回购等形式融资7笔，共计人民币1.24亿余元。被告人何宁一以杭州华亚实业公司的名义，向杭州工商信托投资公司、浙江省信托投资公司贷款；以杭州华亚房地产公司、浙江金诺房地产公司的名义向杭州市商业银行、华夏银行杭州武林支行等单位贷款，共融资人民币3.3亿元。何宁一还根据庞博的指令，买卖0048股票及岁宝热电、莱钢股份等股票。被告人李芸以上海华亚实业发展公司等名义，在海通证券股份有限公司上海延安西路营业部、天平路营业部、江南信托投资公司上饶营业部等12家营业部，共融资人民币3.16亿元。李芸还接受丁福根、庞博的指令买卖或指令营业部买卖0048股票及莱钢股份、马钢股份等股票。

1999年5、6月间，被告人边军勇在明知吕新建意图操纵0048股票的情况下，协助吕新建注册成立了北京克沃科技有限公司，并担任该公司法定代表人。后边军勇以该公司或其他公司名义按照吕新建的指令融资人民币1.5亿余元，并按照丁福根、庞博的指令购买或转托管0048股票及马钢股份、中西药业等股票。

被告人丁福根、庞博等人在案发后逃离北京。后被告人庞博向公安机关自首，被告人丁福根、董沛霖、何宁一、李芸、边军勇被抓获归案。

上述事实，有下列证据在案证实：

1. 吕新建的供述证明，其与朱焕良合谋操纵0048股票并亲自或指使丁福根、庞博、董沛霖、边军勇等人操纵0048股票的事实。

2. 证人李文（北京市李文律师事务所主任）的证言证明：其是吕新建公司的法律顾问。1998 年底，其与吕新建去深圳见朱焕良，为吕新建收购深圳康达尔公司做准备。后吕、朱聘请其做法律顾问，处理有关法律事宜。当时其知道吕新建接朱焕良一半的仓，共同持有 0048 股票，其中相当一部分进行锁仓，有一小部分在盘上炒作。

3. 吕新建与朱焕良签订的合作协议证明，双方通过倒仓或其他方式转让后，共同持有（双方等额数量的）康达尔公司的流通股，该流通股的进出由双方统一进行操作，收益由双方统一核算，各占 50%。

4. 在吕新建办公地点起获的朱焕良与吕新建签订的合作协议、律师代理协议及收购 0048 股票的计划和时间表、法律顾问聘请合同及李文关于吕新建、朱焕良合作协议的说明等材料证明：李文曾是吕新建任法定代表人的北京燕园农业科技有限公司的法律顾问，并在吕新建与朱焕良的合作中担任法律顾问；吕新建、朱焕良为操作 0048 股票进行合作的情况。

5. 中华人民共和国公安部（2001）公物证鉴字第 2974 号物证鉴定书证明，意图操纵 0048 股票的合作协议是吕新建本人所签。

6. 证人王少华（中煤信托投资有限公司副总经理）、孟宏进（中煤信托投资有限公司深圳证券营业部副总经理）、王烈华（中煤信托投资有限公司深圳证券营业部负责人）的证言均证明，朱焕良方 499 万余股 0048 股票转托管至中煤信托投资有限公司深圳证券营业部的经过及吕新建在该营业部开立账户的情况。

7. 中煤信托投资有限责任公司深圳证券营业部出具的《关于中科创业（0048）股票在我营业部委托买卖情况的说明》证明，中煤信托深圳证券营业部 499 万余股的 0048 股票来自朱焕良方。

8. 中煤信托深圳证券营业部与吕新建签订的协议证实，吕新建用 499 万股 0048 股票在深圳中煤营业部融资人民币 8 000 万元。

9. 深圳中煤信托深圳证券营业部的营业执照、中华人民共和国证券经营机构营业部许可证证实，中煤信托投资有限责任公司深圳证券营业部的经营范围、经营有效期等情况。

10. 证人傅新江（深圳市龙岗区投资管理公司总经理）、香石来（深圳市龙岗区投资管理有限公司董事长）的证言证明：1998 年 10 月，吕新建与律师李文以民乐燕园的名义与深圳市龙岗区投资管理公司商谈收购康达尔公司股权事宜。吕新建想收购康达尔公司 34.6% 的股份。后经区领导同意，签订了股权转让合同。合同签订后，吕新建没有很好履行合同，并派人控制了董事会，控制了流通盘，把康达尔公司更名为中科创业公司，给康达尔公司造成了很大的损失。

11. 证人陈枫（深圳康达尔集团股份有限公司董事长）的证言证明：吕新建是通过朱焕良的介绍找到康达尔公司的。1998 年吕新建开始和深圳市龙岗区投资管理有限公司谈收购康达尔公司股权事宜，1999 年 8、9 月份，吕新建以其所控制公司的名义收购了康达尔公司股权。后来，吕新建实际控制了康达尔公司。当时的流通股绝大部分由吕新建控制，因其资产没有到位，所以造成了 9 个跌停板。

12. 深圳中科创业（集团）股份有限公司出具的《关于本公司股权重组前后若干情况的报告》证明：1999 年 4 月 30 日及 5 月 5 日，龙岗投资管理有限公司分别与海南燕园投资管理有限公司、民乐燕园投资管理有限公司及海南沃和生物技术有限公司签订股权转让协议，将其所持有公司的部分股权分别转让给上述三家公司。深圳康达尔（集团）股份有限公司于 1999 年 12 月 8 日更名为深圳中科创业（集团）股份有限公司。股权结构发生变化后，由于“中科系”幕后人物的指挥和常务董事龚增力的操控，公司在对外投资、担保等方面出现了重大损失。

13. 吕新建收购康达尔公司的合同、资金往来账目、股权转让报告等相关书证，证实吕新建利用其成立和控制的公司收购康达尔公司法人股的情况。

14. 证人李鸣（原中科创业公司工作人员）的证言证明：1998 年吕新建向其借身份证，让其做一个公司的股东，公司名称好像叫民乐燕园，主要种植苜蓿。该公司的股份是由其与宁欣然的股份组成，宁占 95%的股份，其占了 5%股份。

15. 甘肃省民乐县工商行政管理局出具的公司资料证明：民乐燕园投资管理有限公司于 1998 年 4 月 26 日注册，注册资本 1 000 万元，法定代表人是吕新建，1999 年 3 月 20 日，该公司增加注册资本至 2 000 万元，法定代表人变更为宁欣然。1999 年 9 月 28 日法定代表人变更为高峰。

16. 证人李江（甘肃省民乐县县委书记）的证言、甘肃省民乐县政府出具的报告等材料均证明：1998 年元月，吕新建就燕园投资集团在民乐县投资种植苜蓿之事与其联系，并签订了《合作开发民乐县苜蓿草产业化项目协议》、《合作开发民乐县旅游经纪项目协议书》，种植了苜蓿。但事后吕新建提出资金紧张，没有按约收购，把苜蓿给犁了，现土地已收回。

17. 海南省工商行政管理局出具的企业档案资料证实，海南燕园投资管理有限公司于 1999 年 4 月 14 日成立，注册号码为 4600001006729，法定代表人是林东，注册资本是 23 500 万元，企业类型是有限责任公司。

18. 证人高松（深圳中科创业股份有限公司资金部工作人员）的证言证明，1999 年 5 月底吕新建让其在海南注册海南中网投资管理公司，由其任法人代表。公司资金除了吕新建外，丁福根、林东也管。2000 年 1 月，吕新建让其到中科

创业有限公司工作。同年8、9月份，吕新建通过林东转话，让其把海南中网名下的22.5%及韩天河的22.5%中的12.5%转让给深圳中科。吕新建在海南除了中网以外，还有海南燕园、海南禾华、海南沃和、海南苜蓿四家公司。1999年9月中旬，丁福根让其将原来几个账户里的资金打到丁新指定的账户中。

19.1999年、2000年深圳中科公司的董事会纪要等相关证据，证明该上市公司的公司情况及吕新建方入主该上市公司董事会、委派董事会董事、更名该上市公司名称、利用股东优势通过董事会决议发布新投资方案、资产重组、股权转让等利好消息；影响和操纵0048股票价格的情况。

20. 注册号为1100001072786（1—1）的企业法人营业执照证实，中科创业投资有限公司，成立于1999年7月21日，住所是北京市朝阳区北辰东路8号汇园国际公寓G座2002号，法定代表人是刘宇明，注册资本是16 300万元，企业类型是有限责任公司。

21. 深圳证券交易所出具的开户资料证实，中科创业（账户60960211），开户日期是1999年8月11日，办理机构是北京证券登记公司。

22. 深圳证券交易所出具的深圳中科公司1998至2000年年度报告证实了上述年度内该公司的股东、股份、经营、收益等情况。

23. 深圳中科创业（集团）股份有限公司出具的《关于龚增力在我公司2000年度经营运作中所扮演的角色的情况汇报》证明，龚增力在公司中所起的作用。

24. 山东正源和信有限责任会计师事务所出具的审计报告证明，在吕新建、朱焕良、丁福根等人操纵0048股票过程中，涉及的营业部、股东账户、资金账户、代理人、控制人、开户人的情况以及在各营业部融资的使用情况。

25. 深圳证券交易所统计记录证明，1998年11月26日，朱焕良分别从其掌握的账户中各卖出100股0048股票让吕新建方买进，以显示朱焕良方的持股数是6 000万股。

26. 深圳证券交易所的统计记录证明，1997年11月28日至2001年1月19日期间，吕新建方控制的涉案账户开户资料、盈利情况；交易、对倒、持股数量情况；互为对手方交易的明细情况；历史交易记录情况及0048股票的每日交易情况。

27. 从庄严、吕新建及被告人丁福根等处起获的笔记本、软盘等资料证明，在操纵0048股票价格过程中，吕新建方的融资、持仓、交易情况，股东名册、代理人名单，资金明细表、流向表、每日资金调拨情况，各地领取息差、好处费的情况。

28. 北京市公安局出具的证明材料、涉案营业部、股东卡、融资单位、持仓

情况来源说明等材料证实，吕新建指使丁福根等人在全国 120 余家证券公司开设股东账户 1 500 余个，资金账户 480 余个。

29. 关于朱焕良操纵 0048 股票所持有的股东卡认定说明证明，朱焕良方涉及 1079 个股东账号，830 个资金账号。

30. 起获的股东卡、身份证证明，各股东的开户情况。

31. 融资协议书、委托理财协议书、合作理财合同、资金委托协议书、投资委托协议书、借款协议等各种融资合同、协议证实出资方的情况及融资的数额。

32. 公安机关物证鉴定结论证实，各种融资协议、合同上的签名分别是丁福根、李芸、何宁一等人所签。

33. 证人庄严（中科创业投资有限公司出纳）的证言证明，中科创业公司操纵 0048 股票的具体交易由吕新建指挥，丁福根负责找客户投资共同买卖股票，庞博负责下单。还证明公司具体的操纵行为与手段。

34. 证人毛卫兵（原中保信期货公司总经理助理）的证言证明，其于 1997 年 6、7 月间与吕新建相识。2000 年 10 月，吕新建安排其做几家上市公司的管理工作。2000 年 12 月初，吕新建对其说，丁福根做 0048 股票比较忙，让其帮丁福根调款签协议。后来，其受丁福根等人的委托到证券营业部划过款，领过支票。后吕新建让其去上海中西药业工作，去上海时，带了四个箱子，箱子中可能是一些文件、合同。

35. 证人高峰（北京建亚兴业投资顾问有限公司总经理）的证言证明，1999 年新窗口公司总经理宁欣然让其为吕新建注册中科创业投资有限公司。

36. 证人宁欣然（北京市新窗口投资顾问有限公司总经理）的证言证明，1998 年初其与吕新建相识。1999 年初，吕新建说收购了深圳康达尔公司，让其出 50 万元，给其 10 万股。之后其给了吕新建 50 万元。2000 年 3 月，其被选为深圳中科公司董事。其所在公司与中科创业公司无业务往来。

37. 证人张洪刚（中科创业投资有限公司工作人员）的证言证明，其于 1999 年 10 月与吕新建相识，当了吕新建的司机。后吕新建让其与毛卫兵、庞博、庄严等人去了上海。其看见过两个旅行包，还帮助销毁过东西。

38. 证人徐玉华（原北京医院工作人员）的证言证明，其于 1987 年、1988 年左右与吕新建相识。后来吕新建要其拉新生力核酸的业务，让其到他那里做市场经销工作，其于 2000 年 11 月 1 日到吕新建处上班。

39. 证人贺强（彩虹集团公司投资发展部部长兼盛通科技公司董事长）的证言证明，盛通科技公司是以彩虹集团名义成立的，公司总经理是申皋华。其于 2000 年 10 月发现申皋华在 2000 年 9 月已经将北国投的 9 900 万元打到中科创业

公司，来履行其私自签订的与中科公司经营证券的协议，中科用此款买股票了。

40. 证人缪飞（原中科创业投资有限公司股票交易员）的证言证明，其于1994年与吕新建相识，也与庞博相识，庞博主要做中科创业、莱钢以及岁宝三种股票。后其到吕新建处工作，协助庞博作股票交易。庞博接受吕新建指示后，交待其做一部分工作，通知各地操盘手按指令作交易。每日交易完毕后，由庞博将交易情况告知吕新建。

41. 证人潘菁（边军勇之妻）的证言证明，其2000年3月份以后被吕新建招聘到上海，负责资金开户及部分股票交易工作。其直接参与了吕新建的股票交易事项，知道是在操纵股票。

42. 证人恩晶晶（原中科创业投资有限公司股票交易员）的证言证明，其于2000年3月至同年12月底在中科创业公司工作。0048等股票交易量多的时候一天是100万股，少的时候是一天几万股。做股票交易一般都是缪飞给其直接打电话下指令，庞博给其打电话时是让其做一些资金的提现和转账工作。

43. 证人艾晓宁（中科创业投资有限公司董事、股东）的证言证明，吕新建是从做庄起家的，朱焕良给了吕新建一半筹码，吕用很多法人身份做，好像搞了好多钱。

44. 证人陆雁（吕新建表妹）的证言证明，其与吕新建是表兄妹关系，当时丁福根负责上海方面的工作，后庞博他们也去了，带了两个箱子，箱子中放有合同，后带至宁波，又转至北京吕新建处。

45. 证人张永政（武警指挥学院副院长）的证言证明，其于1999年与吕新建相识，后来当了中科创业董事。2000年12月底中科创业股票下跌了。因为其子也买了中科创业的股票，所以其就去找吕新建询问股票为何下跌，吕新建对其说出事了。

46. 证人刘彤、吴瑞分、刘淑兰、何哮、何雪棣、刘彩堂、李林、刘静、刘秀兰、何通信、刘伟星、庄秀芝、何雪梅、孙振兰、刘宇、刘彩生、何晓英、由波、由海、吴瑞霖的证言证明，身份证被刘蕾拿走用于开股东账户；有的是将身份证借给刘蕾，有的是出钱委托丁福根炒股，但具体怎么做不清楚。

47. 证人崔静（北京市北辰置地公司职员）、崔学孟、赵玉兰的证言证明，吕新建为操作股票将三人的身份证拿走。

48. 吕新建购买汤山别墅、丁福根购买太子公寓等房产的资金往来账等材料证实，购买上述房产的款项均来自证券公司营业部。

49. 中国证券监督管理委员会深圳证券监管办公室出具的关于“1·15”案件初步调查有关情况说明及谈话笔录证明，中国证券监督管理委员会及深交所在

监管中发现0048股票在1999年4月28日至7月23日期间股价走势异常波动，有涉嫌操纵股价的违规行为。在立案调查中，董沛霖编造谎言，误导办案人员，影响了对该营业部操纵仓位的确认及操纵市场行为的认定。通过调取504个股票账户的开户、交易资料和资金往来以及开户代理人或授权人的情况，初步认定涉嫌合谋操纵股价内幕交易的人员为朱焕良、吕新建、董沛霖、丁福根等人。

50. 抓获经过证明，公安机关于2001年2月2日、3日、4月11日分别在北京、杭州、上海将边军勇、何宁一、董沛霖、李芸、丁福根、刘蕾抓获。

51. 公安机关关于庞博自首情况的工作说明：2001年2月19日庞博通过牛淑文向公安人员表示将于当日下午在牛家等候侦察员，当日下午1时30分，侦察人员按约在牛家见到庞博，庞博表示原意配合公安机关的工作，将所知道的情况讲清。

52. 被告人丁福根的供述证明：从1998年11月开始，其就知道吕新建操纵0048股票的意图；吕新建是无本经营，是利用融资获取资金来操纵0048股票价格。在操纵0048股票的过程中，其负责起草、签署融资协议，调拨资金，开立股东账户等项工作；并根据吕新建的指令直接或指使庞博等人进行操纵0048股票的交易活动。其还供述，在操纵0048股票过程中，融资、开立股东账户、收购康达尔公司、进行其他股票交易的具体情况，以及操纵行为的具体实施过程等情况。

53. 被告人董沛霖的供述及亲笔供词证明：1998年10月，吕新建对其讲要操纵0048股票并需要融资；其将此事告诉了李芸、何宁一，并达成了为吕融资获利的共识。后其通过哈尔滨腾达典当行、辽宁证券公司沈阳总站路营业部等7家营业部或出资单位，采取质押股票、国债回购等方式融资1.24亿余元。

54. 被告人庞博的供述证明：吕新建开始做0048股票以后，其是交易员，由吕指派并按照吕的要求下达交易指令、制作持仓表、工作表，去营业部办理一些业务。丁福根有时也根据吕新建的指令给其下指令。

55. 被告人何宁一的供述证明：1998年董沛霖就对其讲了吕新建的长期持有上市公司股票，通过收购上市公司股权，装入新项目来改善公司业绩，使得公司股票价格不断向上的理念，还说要为吕融资。从2000年起，其就与董沛霖以杭州华亚实业公司的名义与杭州工商信托投资股份有限公司签订借款合同，并在该公司清泰证券营业部以其个人名义开设资金账户，下挂丁福根传真给其的数十个股东卡，当丁福根将质押的款项汇入营业部后，其按丁福根或庞博的指令操盘买卖0048股票。其还在浙江信托投资有限公司第二营业部、银河证券公司杭州新华路营业部、凯旋路营业部、海通证券公司环城西路营业部等证券公司的营业部

开设了资金账户、股票账户，共融资人民币 3.3 亿元，杭州华亚实业公司得到了部分贷款利息的息差。

56. 被告人李芸的供述证明：其与吕新建见过两次面，董沛霖说吕新建是操纵 0048 股票的庄家，并提出帮助吕融资，后其协助丁福根与中科信嘉兴证券营业部等证券公司营业部签订融资合同，还以上海华亚公司或个人名义与海通证券公司上海延安西路营业部等证券公司营业部签订三方合同，共融资人民币 3.1 亿元，支付佣金人民币 130 余万元。在此期间，其还接受丁福根、庞博的指令操盘买卖 0048 股票及莱钢股份、马钢股份等股票。

57. 被告人边军勇的供述证明：1999 年 4、5 月间，其在中兴证券公司的大户室与吕新建相识。因为吕新建融资量比较大，且操作 0048 股票的交易量比较集中、数量大，手法有别于一般大户，所以，其意识到吕新建是在坐庄。同年 6 月，其帮助吕新建注册成立了北京克沃科技有限公司，其任法人代表。后其以该公司或以其他公司的名义为吕新建融资 1.53 亿元，还将部分佣金支付给客户。其用丁福根传真来的股东卡在几家证券公司营业部开立股票账户，接受丁福根、庞博的指令操盘买卖 0048 股票及中西药业、马钢股份等股票。

上述证据经当庭质证，本院予以确认。

被告人边军勇的辩护人当庭宣读的三峡证券有限责任公司北京小黄庄路证券营业部关于边军勇工作表现的证明，证实了边军勇在该公司的任职情况及表现，本院予以确认。

被告人丁福根及其辩护人所提丁福根不明知吕新建操纵 0048 股票交易价格，操纵行为并非其本意的辩解和辩护意见，经查，在案证据证明 1997 年年底，丁福根就知道吕新建欲炒作上市公司二级市场股票的意图，并帮助吕做了大量准备工作；在操纵 0048 股票的过程中，丁福根按照吕新建的指令，积极参与并指使他人进行各种操纵活动。丁福根的辩解及其辩护人的辩护意见无事实依据，本院均不予采纳。

被告人丁福根的辩护人所提由于股票的所有权发生了转移，所以本案中的“倒仓”、“对敲”行为不属于刑法规定的“自买自卖”的辩护意见，经查，丁福根等人在与其有关联的证券公司营业部分别开设了资金账户，并在资金账户下非法开立多个股东账户，便于操纵 0048 股票；在操纵 0048 股票的过程中，虽然发生了股票在不同股东账户间的转移，但这种转移或发生在上述非法开立的账户之间，或与丁福根等人的操纵行为有关，丁福根等人以这种方式进行交易，不但没有使 0048 股票所有权发生转移，而且造成该股票交易活跃的假象，影响了投资者对股市行情的判断和该股票的交易价格。丁福根等人的上述交易行为属于不转

移证券所有权的自买自卖行为。被告人丁福根的辩护人所提丁福根在本案中起次要作用，系从犯的辩护意见，经查，丁福根在操纵0048股票的过程中，不仅联系融资、签署融资协议，而且按照吕新建、朱焕良的指令向交易员下达交易指令，并在多个营业部作为被授权人的代理人，办理股票开户、交易和资金调拨等事项；在2000年6月，其又更换资金调拨人逃避证监会的监管；丁福根为全面掌握控制0048股票价格的情况，还制作了持仓表、融资表、股票走势图等材料。丁福根自始至终都积极参与了操纵0048股票的犯罪活动，起到了重要作用，不能认定其是本案的从犯。丁福根辩护人的上述辩护意见，本院均不予采纳。

被告人董沛霖、何宁一关于其当时不“明知”吕新建操纵证券交易价格的辩解，经查，吕新建明确告诉董沛霖其意图操纵0048股票，董沛霖对此有多次供述，并有亲笔供词在案证明。董沛霖还将吕新建意图操纵0048股票的“新理念”及需要融资的要求分别告诉了何宁一、李芸，三人商定通过帮助吕新建融资为所在单位谋取利益。故本院对董沛霖、何宁一的上述辩解不予采纳。

董沛霖的辩护人关于董沛霖及其公司参与融资只是为了使吕新建欠其的债务得到偿还，在融资中单位获取的是中介费，而不是不正当利益的辩护意见，经查，董沛霖等人帮助吕新建融资，虽然有让吕新建尽快偿还欠款的目的，但吕新建偿还的欠款及其所在公司因融资获得的利益均是吕新建等人操纵证券交易价格后获得的不正当利益。本院对董沛霖的辩护人的上述辩护意见不予采纳。

被告人李芸关于其没有操纵证券交易价格的故意，亦没有实力实施操纵行为的辩解，经查，在案证据表明李芸明知吕新建意图操纵0048股票，仍按照与董沛霖、何宁一达成的共识，以其所在公司的名义为吕新建融资，并接受丁福根、庞博的指令买卖0048股票及莱钢股份、马钢股份等股票，系吕新建等人操纵证券交易价格的环节之一；李芸关于指控融资金额54亿元存在重复计算的辩解，经查没有事实依据。本院对李芸的上述辩解不予采纳。

李芸的辩护人关于李芸及上海华亚实业发展公司没有操纵证券交易价格的故意，李芸的行为不符合刑法第182条的规定，不构成操纵证券交易价格罪，应宣告李芸无罪的辩护意见，没有事实及法律依据，本院不予采纳。

被告人庞博及其辩护人关于庞博有自首情节的辩解及辩护意见；被告人董沛霖、何宁一、李芸的辩护人关于董沛霖、何宁一、李芸的行为系职务行为，属单位犯罪的辩护意见经查属实，本院予以采纳。

二、2000年12月底至2001年1月初，在被告人丁福根逃离北京后，被告人刘蕾得知吕新建、丁福根等人的行为可能涉嫌操纵证券交易价格罪。2001年1月中旬，丁福根回到北京后向刘蕾提出，要找地方躲藏。刘蕾即将丁福根藏匿于

本市宣武区陶然亭四平园3楼7单元502号，并为自己和丁福根制作了假身份证，以逃避公安机关抓捕。

上述事实，有下列证据在案证实：

1. 证人潘菁、缪飞的证言证明，0048股票崩盘以后，刘蕾分别给她们打电话，询问公安机关是否找她们谈话，并询问吕新建的下落。

2. 证人何双燕（刘蕾的亲戚）的证言证明，刘蕾带丁福根住在其家的情况。

3. 起获的丁福根、刘蕾的假身份证及二被告人的供述证明，刘蕾为帮助丁福根躲避抓捕而花钱制作了假身份证。

4. 鉴定结论证实，涉案的两张身份证系伪造。

上述证据，经当庭质证，本院予以确认。

本院认为，被告人丁福根、庞博、边军勇为获取不正当利益，被告单位上海华亚实业发展公司法定代表人董沛霖、总经理李芸为使该单位获取不正当利益，被告人何宁一为使所在单位获取不正当利益，明知吕新建等人意图操纵0048股票价格，仍采取多种方式帮助吕新建融资，并按照吕新建的指令指使他人或直接参与操纵0048股票价格，严重影响了0048股票的交易价格和交易量，侵害了国家对证券交易的管理制度和投资者的合法权益，情节严重，其行为均已构成操纵证券交易价格罪，依法应予惩处。被告人刘蕾明知被告人丁福根涉嫌犯罪，仍为其提供隐藏处所，帮助其逃匿，其行为妨害了司法机关对犯罪嫌疑人的刑事追诉活动，已构成窝藏罪，依法亦应惩处。北京市人民检察院第二分院指控被告单位上海华亚实业发展公司、被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇犯操纵证券交易价格罪，指控被告人刘蕾犯窝藏罪的事实清楚，证据确实、充分。被告人董沛霖、何宁一、李芸系所在单位直接负责的主管人员，应依法承担相应的刑事责任。被告人庞博案发后自首，本院依法对其从轻处罚并适用缓刑。被告人刘蕾犯罪情节轻微，本院依法对其免予刑事处罚。本院根据被告单位上海华亚实业发展公司及被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇、刘蕾犯罪的事实、犯罪的性质、情节及对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第182条、第310条第1款、第25条第1款、第30条、第31条、第37条、第67条第1款、第72条、第73条第2款、第3款、第53条、第64条及最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条、第3条之规定，判决如下：

一、被告单位上海华亚实业发展公司犯操纵证券交易价格罪，判处罚金人民币2 300万元（判决生效后3个月内缴纳）。

二、被告人丁福根犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑4年（刑期自判决

执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自2001年4月11日起至2005年4月10日止），罚金人民币50万元（判决生效后3个月内缴纳）。

三、被告人董沛霖犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑2年10个月（刑期自判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自2001年2月3日起至2003年12月2日止）。

四、被告人何宁一犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑2年6个月（刑期自判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自2001年2月2日起至2003年8月1日止）。

五、被告人李芸犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑2年6个月（刑期自判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自2001年2月3日起至2003年8月2日止）。

六、被告人边军勇犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑2年2个月（刑期自判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自2001年2月2日起至2003年4月1日止），罚金人民币22万元（判决生效后3个月内缴纳）。

七、被告人庞博犯操纵证券交易价格罪，判处有期徒刑2年3个月，缓刑2年6个月（缓刑考验期限，从判决确定之日起计算），罚金人民币10万元（判决生效后3个月内缴纳）。

八、被告人刘蕾犯窝藏罪，免予刑事处罚。

九、在案扣押的款物分别予以没收和发还，违法所得继续追缴。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起10日内，通过本院或者直接向北京市高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本1份，副本1份。

审判长：白波
代理审判员：翟丽佳
代理审判员：史磊
2003年4月1日
书记员：邱波

附录二：

北京市高级人民法院刑事裁定书

（2003）高刑终字第275号

原公诉机关北京市人民检察院第二分院。

上诉人（原审被告人）李芸，男，49岁，1954年4月1日出生，汉族，出生于浙江省永嘉县，大学文化，上海华亚实业发展公司总经理，住上海市徐汇区高安路1弄4号；因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，2001年2月3日被羁押，同年4月19日被逮捕，现羁押在北京市看守所。

辩护人陶雷，北京市昆仑律师事务所律师。

原审被告单位上海华亚实业发展公司，注册经营地上海浦东南路1469号。

诉讼代表人任伶俐，上海华亚实业发展公司工作人员。

原审被告人丁福根，男，37岁（1965年6月26日出生），汉族，出生于浙江省绍兴市，大学文化，中科创业投资有限公司工作人员，住本市海淀区中关村48楼306号；因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，2001年4月11日被羁押，同年5月18日被逮捕。现羁押在北京市第二看守所。

原审被告人董沛霖，男，49岁（1954年1月5日出生），汉族，出生于上海市，大学文化，上海华亚实业发展公司法定代表人，住本市海淀区阜城路北三街7号院1号楼202号；因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，2001年2月3日被羁押，同年4月19日被逮捕。现羁押在北京市第二看守所。

原审被告人庞博，女，27岁（1975年7月24日出生），汉族，出生于黑龙江省牡丹江市，高中文化，中科创业投资有限公司工作人员，住黑龙江省牡丹江市西安区1委23组火炬办事处西一条路；因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，2001年2月19日被羁押，同年4月19日被逮捕，2003年4月1日被取保候审。

原审被告人何宁一，男，46岁（1957年4月14日出生），汉族，出生于浙江省嵊县，大学文化，杭州华亚实业公司法定代表人，住浙江省杭州市上城区光复路24号中单元302室；因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，2001年2月2日被羁押，同年5月24日被逮捕。现羁押在北京市第二看守所。

原审被告人边军勇，男，31岁（1971年10月16日出生），汉族，出生于河北省束鹿县，高中文化程度，北京克沃科技有限公司法定代表人，住本市宣武区西便门内大街79号6楼331、332号；因涉嫌犯操纵证券交易价格罪，2001年2月2日被羁押，同年5月24日被逮捕，2003年4月1日被取保候审。

原审被告人刘蕾，女，32岁（1970年11月21日出生），汉族，出生于北京市，大专文化，无业，住本市海淀区中关村48楼306号；因涉嫌犯窝藏罪，2001年4月11日被羁押，同年5月18日被逮捕，2003年4月1日被取保候审。

北京市第二中级人民法院审理北京市人民检察院第二分院指控原审被告单位上海华亚实业发展公司、原审被告人丁福根、董作霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇犯操纵证券交易价格罪及原审被告人刘蕾犯窝藏罪一案，于2003年4月1日作出（2002）二中刑初字第541号刑事判决。宣判后，原审被告人李芸不服判决，提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问上诉人李芸及原审被告单位上海华亚实业发展公司、原审被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇、刘蕾，听取辩护人的意见，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

北京市第二中级人民法院判决认定：

一、1998年11月至2001年1月期间，吕新建与朱焕良（均另行处理）合谋操纵深圳康达尔（集团）股份有限公司的流通股股票名称为康达尔，股票代码0048，（以下简称为0048股票），双方签订合作协议，并按约定比例共同持有0048股票。

在吕新建的指使下，被告人丁福根、董沛霖、何宁一、李芸、边军勇等人，在北京、上海、浙江等20余个省、自治区、直辖市，以单位或个人名义，先后在申银万国证券股份有限公司上海陆家浜营业部、中兴信托投资有限责任公司北京亚运村营业部等120余家证券营业部开设股东账户1 500余个；并通过相关证券公司的营业部等机构，以委托理财、国债回购、借款等方式，向出资单位或个人融资人民币50余亿元，用于操纵0048股票。其间，吕新建利用海南燕园投资管理有限公司、海南沃和生物技术有限公司、民乐燕园投资管理有限公司等公司，大量收购深圳康达尔（集团）股份有限公司法人股，并控制了该公司董事会。后吕新建将深圳市康达尔（集团）股份有限公司更名为深圳中科创业投资（集团）股份有限公司（股票名称为中科创业），并通过发布开发高科技产品、企业重组等“利好”消息的方式影响0048股票的交易价格。

在操纵0048股票的过程中，丁福根、庞博根据吕新建的指令，在与朱焕良商定了0048股票交易的时间、价位、数量后，亲自或指令他人交易0048股票。

为分散持有0048股票的数量，掩盖操纵0048股票价格的行为，丁福根、庞博、何宁一、李芸、边军勇等人利用开设的多个证券交易账户和股东账户，集中资金优势、持股优势，联合、连续对0048股票进行不转移所有权的自买自卖等操纵活动。吕新建一方最高持有或控制0048股票达5 600余万股，占0048股票流通股总量的55.36%，严重影响了0048股票交易价格和交易量。被告人丁福根等人还接受吕新建指令，通过对中西药业、马钢股份、莱钢股份、岁宝热电等股票的交易，获取利润，用于维持0048股票价格的稳定和偿还巨额融资款。

被告人董沛霖在担任上海华亚实业发展公司法定代表人期间，明知吕新建意图操纵0048股票，仍与其所在公司总经理李芸及杭州华亚实业公司法定代表人何宁一商定，通过帮助吕新建融资为各自所在公司获取利益。

被告人董沛霖亲自及指使被告人何宁一、李芸等人共为吕新建融资人民币7.7亿余元。其中，被告人董沛霖通过哈尔滨腾达典当行、辽宁证券有限责任公司沈阳总站路营业部等7家营业部或出资单位，采取国债回购等方式融资7笔，共计人民币1.24亿余元，被告人何宁一以杭州华亚实业公司的名义，向杭州工商信托投资公司、浙江省信托投资公司贷款；以杭州华亚房地产公司、浙江金诺房地产公司的名义向杭州市商业银行、华夏银行杭州武林支行等单位贷款，共融资人民币3.3亿元。何宁一还根据庞博的指令，买卖0048股票及岁宝热电、莱钢股份等股票。被告人李芸以上海华亚实业公司等名义，在海通证券股份有限公司上海延安西路营业部、天平路营业部、江南信托投资公司上饶营业部等多家营业部，共融资人民币3.16亿元。李芸还接受丁福根、庞博的指令买卖或指令营业部买卖0048股票及莱钢股份、马钢股份等股票。

1999年5、6月间，被告人边军勇在明知吕新建意图操纵0048股票的情况下，协助吕新建注册成立了北京克沃科技有限公司，并担任该公司法定代表人。后边军勇以该公司或者其他公司名文按照吕新建的指令融资人民币1.5亿余元，并按照丁福根、庞博的指令购买或转托管0048股票及马钢股份、中西药业等股票。

被告人丁福根、庞博等人在案发后逃离北京。后被告人庞博向公安机关自首，被告人丁福根、董沛霖、何宁一、李芸、边军勇被抓获归案。

二、2000年12月底至2001年1月初，在被告人丁福根逃离北京后，被告人刘蕾得知吕新建、丁福根等人的行为可能涉嫌操纵证券交易价格罪。2001年1月中旬，丁福根回到北京后向刘蕾提出，要找地方躲藏。刘蕾即将丁福根藏匿于本市宣武区陶然亭四平园3楼7单元502号，并为自己和丁福根制作了假身份证，逃避公安机关抓捕。

一审法院认定以上事实的证据有：

1. 吕新建的供述证明，其与朱焕良合谋操纵 0048 股票并亲自指使丁福根、庞博、董沛霖、边军勇等人操纵 0048 股票。

2. 证人李文（北京市李文律师事务所主任）的证言证明：其是吕新建公司的法律顾问。1998 年底，其与吕新建去深圳见朱焕良，为吕新建收购深圳康达尔公司做准备。后吕、朱聘请其作法律顾问处理有关法律事宜。当时其知道吕新建接朱焕良一半的仓，共同持有 0048 股票，其中相当一部分进行锁仓，有一小部分在盘上炒作。

3. 吕新建与朱焕良签订的合作协议证明：双方通过倒仓或其他方式转让后，共同持有（双方等额数量的）康达尔公司的流通股，该流通股的进出由双方统一进行操作，收益由双方统一核算各占 50%。

4. 在吕新建办公地点起获的朱焕良与吕新建签订的合作协议、律师代理协议及收购 0048 股票的计划和时间表、法律顾问聘请合同及李文关于吕新建、朱焕良合作协议的说明等材料证明：李文曾是吕新建任法定代表人的北京燕园农业科技有限公司的法律顾问，并在吕新建与朱焕良的合作中担任法律顾问；吕新建、朱焕良为操作 0048 股票进行合作的情况。

5. 中华人民共和国公安部（2001）公物证鉴字第 2974 号物证鉴定结论，操纵 0048 股票的合作协议是吕新建本人所签。

6. 证人王少华（中煤信托投资有限公司副总经理）、孟宏进（中煤信托投资有限公司深圳证券营业部副总经理）、王烈华（中煤信托投资有限公司深圳证券营业部负责人）的证言均证明，朱焕良方 499 万余股 0048 股票转托管至中煤信托投资有限公司深圳证券营业部的经过及吕新建在该营业部开立账户的情况。

7. 中煤信托投资有限责任公司深圳证券营业部出具的《关于中科创业（0048）股票在我营业部委托买卖情况的说明》证明：中煤信托深圳证券营业部 499 万余股的 0048 股票来自朱焕良方。

8. 中煤信托深圳证券营业部与吕新建签订的协议证明：吕新建用 499 万股 0048 股票在深圳中煤营业部融资人民币 8 000 万元。

9. 深圳中煤信托深圳证券营业部的营业执照、中华人民共和国证券经营机构营业部许可证证明：中煤信托投资有限责任公司深圳证券营业部的经营范围、经营有效期等情况。

10. 证人傅新江（深圳市龙岗区投资管理公司总经理）、香石来（深圳市龙岗区投资管理有限公司董事长）的证言证明：1998 年 10 月，吕新建与律师李文以民乐燕园的名义与深圳市龙岗区投资管理公司商谈收购康达尔公司股权事宜。

吕新建想收购康达尔公司34.6%的股份。后经区领导同意，签订了股权转让合同。合同签订后，吕新建没有很好履行合同，但派人控制了董事会，控制了流通盘，把康达尔公司更名为中科创业公司，给康达尔公司造成了很大的损失。

11. 证人陈枫（深圳康达尔集团股份有限公司董事长）的证言证明：吕新建是通过朱焕良的介绍找到康达尔公司的。1998年吕新建开始和深圳市龙岗区投资管理有限公司谈收购康达尔公司股票事宜，1999年8、9月份，吕新建以其所控制公司的名义收购康达尔公司股权。后来，吕新建实际控制了康达尔公司。当时的流通股绝大部分由吕新建控制，因其资产没有到位，所以造成9个跌停板。

12. 深圳中科创业（集团）股份有限公司出具的《关于本公司股权重组前后若干情况的报告》证明：1999年4月30日及5月5日，龙岗投资管理有限公司分别与海南燕园投资管理有限公民乐燕园投资管理有限公司及海南沃和生物技术有限公司签订股权转让协议，将其所持有公司的部分股权分别转让给上述三公司。深圳康达尔（集团）股份有限公司于1999年12月8日更名为深圳中科创业（集团）股份有限公司。股权结构发生变化由于“中科系”幕后人物的指挥和常务董事龚增力的操控，公司在对外投资、担保等方面出现了重大损失。

13. 吕新建收购康达尔公司的合同、资金往来账目、股权转让报告等相关书证。证明吕新建利用其成立和控制的公司收购康尔公司法人股的情况。

14. 证人李鸣（原中科创业公司工作人员）的证言证明，1998年吕新建向其借身份证，让其做一个公司的股东，公司名称好像民乐燕园，主要种植苜蓿。该公司的股份是由其与宁欣然的股份组成，宁占95%的股份，其占了5%股份。

15. 甘肃省民乐县工商行政管理局出具的公司资料证明：民乐燕园投资管理有限公司于1998年4月26日注册，注册资本1 000万元，法定代表人是吕新建，1999年3月20日，该公司增加注册资本至2 000万元，法定代表人变更为宁欣然。1999年9月28日变更法定代表人为高峰。

16. 证人李江（甘肃省民乐县县委书记）的证言、甘肃省民乐县政府出具的报告等材料均证明：1998年元月，吕新建就燕园投资集团在民乐县投资种植苜蓿之事与其联系，并签订了《合作开发民乐县苜蓿草产业化项目协议》、《合作开发民乐县旅游经纪项目协议书》，种植了苜蓿。但事后吕新建提出资金紧张，没有按约收购，把苜蓿给犁了，现土地已收回。

17. 海南省工商行政管理局出具的企业档案资料证明：海南燕园投资管理有限公司于1999年4月14日成立，注册号码为4600001006729，法定代表人是林东，注册资本是23 500万元，企业类型是有限责任公司。

18. 证人高松（深圳中科创业股份有限公司资金部工作人员）的证言证明：

1999年5月底吕新建让其在海南注册海南中网投资管理公司，由其任法人代表。公司资金除了吕新建外，丁福根、林东也管。2000年1月，吕新建让其到中科创业有限公司工作。同年8、9月份，吕新建通过林东转话，让其把海南中网名下的22.5%及韩天河的22.5%中的12.5%转让给深圳中科。吕新建在海南除了中网以外，还有海南燕园、海南禾华、海南沃和、海南苜蓿四家公司。1999年9月中旬，丁福根让其将原来几个账户里的资金打到丁新指定的账户中。

19. 1999年、2000年深圳中科公司的董事会纪要等相关证据证明：该上市公司的公司情况及吕新建方入主该上市公司董事会、委派董事会董事、更名该上市公司名称、利用股东优势、董事会议发布新投资方案、资产重组、股权转让等利好消息，影响和操纵0048股票价格的情况。

20. 注册号为1100001072786（1—1）的企业法人营业执照证明：中科创业投资有限公司，成立于1999年7月21日，住所北京市朝阳区北辰东路8号汇园国际公寓G座2002号，法定代人是刘宇明，注册资本是16 300万元，企业类型是有限责任公司。

21. 深圳证券交易所出具的开户资料证明，中科创业（账户960211），开户日期是1999年8月11日，办理机构是北京证券登记公司。

22. 深圳证券交易所出具的深圳中科公司1998至2000年年度报告证明：上述年度内该公司的股东，股份，经营、收益等情况。

23. 深圳中科创业（集团）股份有限公司出具的《关于龚增力在我公司2000年度经营运作中所扮演的角色的情况汇报》证明：龚增力在公司中所起的作用。

24. 山东正源和信有限责任会计师事务所出具的审计报告证明：在吕新建、朱焕良、丁福根等人操纵0048股票过程中，涉及的营业部、股东账户、资金账户、代理人、控制人、开户人的情况以及在各营业部融资的使用情况。

25. 深圳证券交易所统计记录证明，1998年11月26日，朱焕良分别从其掌握的账户中各卖出100股0048股票让吕新建方买进，以显示朱焕良方的持股数是6 000万股。

26. 深圳证券交易所的统计记录证明，1997年11月28日至2001年1月19日期间，吕新建方控制的涉案账户开户资料，盈利情况；交易、对倒、持股数量情况；互为对手方交易的明细情况；历史交易记录情况及0048股票的每日交易情况。

27. 从庄严、吕新建及被告人丁福根等处起获的笔记本、软盘打印出的资料证明，在操纵0048股票价格过程中，吕新建方的融资、持仓、交易情况，股东名册、代理人名单，资金明细表、流向表、每日资金调拨情况，各地领取息差、

好处费的情况。

28. 北京市公安局出具的证明材料、涉案营业部、股东卡、融资单位、持仓情况来源说明等材料证明：吕新建指使丁福根等人在全国 120 余家证券公司开设股东账户 1 500 余个，资金账户 480 余个。

29. 关于朱焕良操纵 0048 股票所持有的股东卡认定说明证明：朱焕良方涉及 1079 个股东账号，830 个资金账号。

30. 起获的股东卡、身份证证明：各股东的开户情况。

31. 融资协议书、委托理财协议书、合作理财合同、资金委托协议书、投资委托协议书、借款协议等各种融资合同、协议证明：出资方的情况及融资的数额。

32. 公安机关物证鉴定结论：各种融资协议、合同上的签名分别是丁福根、李芸、何宁一等人所签。

33. 证人庄严（中科创业投资有限公司出纳）的证言证明，中科创业公司操纵 0048 股票的具体交易由吕新建指挥，丁福根负责找客户投资共同买卖股票，庞博负责下单，以及公司具体的操纵行为与手段。

34. 证人毛卫兵（原中保信期货公司总经理助理）的证言证明，其于 1997 年 6、7 月间与吕新建相识。2000 年 10 月，吕新建安排其做几家上市公司的管理工作。2000 年 12 月初，吕新建对其说，丁福根做 0048 股票比较忙，让其帮丁福根调款签协议。后来，其受丁福根等人的委托到证券营业部划过款，领过支票。后吕新建让其去上海中西药业工作，去上海时，带了四个箱子，箱子中可能是一些文件、合同。

35. 证人高峰（北京建亚兴业投资顾问有限公司总经理）的证言证明，1999 年新窗口公司总经理宁欣然让其为吕新建注册中科创业投资有限公司。

36. 证人宁欣然（北京市新窗口投资顾问有限公司总经理）的证言证明，1998 年初其与吕新建相识。1999 年初，吕新建说收购了深圳康达尔公司，让其出 50 万元，给其 10 万股。之后其给了吕新建 50 万元。2000 年 3 月，其被选为深圳中科公司董事。其所在公司与中科创业公司无业务往来。

37. 证人张洪刚（中科创业公司工作人员）的证言证明，其于 1999 年 10 月与吕新建相识，当了吕新建的司机。后吕新建让其与毛卫兵、庞博、庄严等人去了上海。其看见过两个旅行包，还帮助销毁过东西。

38. 证人徐玉华（原北京医院工作人员）的证言证明，其于 1987 年、1988 年左右与吕新建相识。后来吕新建要其拉新生力核酸的业务，让其到他那里做市场经销工作，其于 2000 年 11 月 1 日到吕新建处上班。

39. 证人贺强（彩虹集团公司投资发展部部长兼任盛通公司董事长）的证言证明：盛通科技公司是以彩虹集团名义成立的，公司总经理是申皋华。其于2000年10月发现申皋华在2000年9月已经将北国投的9 900万元打到中科创业公司，来履行其私自签订的与中科公司经营证券的协议，中科公司用此款买股票了。

40. 证人缪飞（原中科创业投资有限公司股票交易员）证言证明：其于1994年与吕新建相识，也与庞博相识，庞博主要做中科创业、莱钢以及岁宝三种股票。后其到吕新建处工作，协助庞博作股票交易。庞博接受吕新建指示后，交待其做一部分工作，通知各地操盘手按指令作交易。每日交易完毕后，由庞博将交易情况告知吕新建。

41. 证人潘菁（边军勇之妻）的证言证明：2000年3月份以后其被吕新建招聘到上海，负责资金开户及部分股票交易工作。其直接参与了吕新建的股票交易事项，知道是在操纵股票。

42. 证人恩晶晶（原中科创业投资有限公司股票交易员）的证言证明：其于2000年3月至同年12月底在中科创业公司工作。0048等股票交易量多的时候一天是100万股，少的时候是一天几万股。做股票交易一般都是缪飞给其直接打电话下指令，庞博给其打电话时是让其做一些资金的提现和转账工作。

43. 证人艾晓宁（中科创业投资有限公司董事、股东）证言证明：吕新建是从坐庄起家的，朱焕良给了吕新建一半筹码，吕用很多法人身份做，好像搞了好多钱。

44. 证人陆雁（吕新建表妹）的证言证明：其与吕新建是表兄妹关系，当时丁福根负责上海方面的工作，后庞博他们也去了，带了两个箱子，箱子中放有合同，后带至宁波，又转至北京吕新建处。

45. 证人张永政（武警指挥学院副院长）的证言证明：其于1999年与吕新建相识，后来当了中科创业董事。2000年12月底中科创业股票下跌了。因为其子也买了中科创业的股票，所以其就去找吕新建询问股票为何下跌，吕新建对其说出事了。

46. 证人刘彤、吴瑞分、刘淑兰、何哮、何雪棣、刘彩堂、李林、刘静、刘秀兰、何通信、刘伟星、庄秀芝、何雪梅、孙振兰、刘宇、刘彩生、何晓英、由波、由海、吴瑞霖的证言证明：身份证被刘蕾拿走用于开股东账户；有的是将身份证借给刘蕾，有的是出钱委托丁福根炒股，但具体怎么做的不清楚。

47. 证人崔静（北京市北辰置地公司职员）、崔学孟、赵玉兰的证言均证明：吕新建为操作股票将其三人的身份证拿走。

48. 吕新建购买汤山别墅、丁福根购买太子公寓等房产的资金往来账等材料

证明：购买上述房产的款项均来自证券公司营业部。

49. 中国证券监督管理委员会深圳证券监管办公室出具的关于“1·15”案件初步调查有关情况说明及谈话笔录证明，中国证券监督管理委员会及深交所在监管中发现0048股票在1999年4月28日至7月23日期间股价走势异常波动，有涉嫌操纵股价的违规行为。在立案调查中，董沛霖编造谎言，误导办案人员，影响了对该营业部操纵仓位的确认及操纵市场行为的认定。通过调取504个股票账户的开户、交易资料和资金往来以及开户代理人或授权人的情况，初步认定涉嫌合谋操纵股价内幕交易的人员为朱焕良、吕新建、董沛霖、丁福根等人。

50. 公安机关抓获经过证明：公安机关于2001年2月2日、4月11日分别在北京、杭州、上海将边军勇、何宁一、董霖、李芸、丁福根、刘蕾抓获。

51. 公安机关的工作说明证明：2001年2月19日庞博通过牛淑文向公安人员表示将于当日下午在牛家等候侦察员，当日下1时30分，侦察人员按约在牛家见到庞博，庞博表示愿意配合公安机关的工作，将所知道的情况讲清。

52. 被告人丁福根的供述证明：从1998年11月开始，其就知道吕新建操纵0048股票的意图；吕新建是无本经营，是利用融资获取资金来操纵0048股票价格。在操纵0048股票的过程中，其负责起草、签署融资协议，调拨资金，开立股东账户等项工作，并根据吕新建的指令直接或指使庞博等人进行操纵0048股票交易活动。在操纵0048股票过程中，融资、开立股东账户、收购康达尔公司、进行其他股票交易的具体情况，以及操纵行为的实施过程等情况。

53. 被告人董沛霖的供述及亲笔供词证明：1998年10月，吕新建对其讲要操纵0048股票并需要融资；其将此事分别告诉李芸、何宁一，二人同意帮助吕融资获利。后其通过哈尔滨腾达典当行、辽宁证券公司沈阳总站路营业部等7家营业部或出资单位采取质押股票、国债回购等方式融资1.24亿余元。

54. 被告人庞博的供述证明：吕新建开始做0048股票以后其是交易员，由吕指派并按照吕的要求下达交易指令、制作持仓表、工作表，去营业部办理一些业务。丁福根有时也根据吕新建的命令给其下指令。

55. 被告人何宁一的供述证明：1998年董沛霖对其讲了吕新建的长期持有上市公司股票，通过收购上市公司股权，装入新项目来改善公司业绩，使得公司股票价格不断向上的理念，还说要帮助吕融资。从2000年起，其就与董沛霖以杭州华亚实业公司的名义与杭州工商信托投资股份有限公司签订借款合同，并在该公司证券营业部以其个人名义开设资金账户，下挂丁福根传真给其的数十个股东卡，当丁福根将质押的款项汇入营业部后，其按照丁福根或庞博的指令操盘买卖0048股票。其还在浙江信托投资有限公司第二营业部、银河证券公司杭州新华

路营业部、凯旋路营部、海通证券公司环城西路营业部等证券公司的营业部开设了资金账户、股票账户，共融资人民币3.3亿元，杭州华亚实业公司得到了部分贷款利息的息差。

56. 被告人李芸的供述证明：其与吕新建见过两次面，董沛霖说吕新建是操纵0048股票的庄家，并提出帮助吕融资，后其协助丁福根与中科信嘉兴证券营业部等证券公司营业部签订融资合同，还以上海华亚公司或个人名义与海通证券公司上海延安西路营业部等证券公司营业部签订三方合同，共融资人民币3.1亿元，支付佣金人民币130余万元。在此期间，其还接受丁福根、庞博的指令操盘买卖0048股票及莱钢股份、马钢股份等股票。

57. 被告人边军勇的供述证明：1999年4、5月间，其在中兴证券公司的大户室与吕新建相识。因为吕新建融资量比较大，且操作0048股票的交易量比较集中、数量大，手法有别于一般大户，所以其意识到吕新建是在做庄。同年6月，其帮助吕新建注册成立了北京克沃科技有限公司，其任法人代表。后其以该公司或以其他公司的名义为吕新建融资1.53亿元，还将部分佣金支付给客户。其用丁福根传真来的股东卡在几家证券公司营业部开立股票账户，接受丁福根、庞博的指令操盘买卖0048股票及中西药业、马钢股份等股票。

一审法院认为，被告人丁福根、庞博、边军勇为获取不正当利益，被告单位上海华亚实业发展公司法定代表人董沛霖、总经理李芸为使该单位获取不正当利益，被告人何宁一为使所在单位获取不正当利益，明知吕新建等人意图操纵0048股票价格，仍采取多种方式帮助吕新建融资，并按照吕新建的指令指使他人或直接参与操纵0048股票价格，严重影响了0048股票的交易价格和交易量，侵害了国家证券交易的管理制度和投资者的合法权益，情节严重，均已构成操纵证券交易价格罪，依法应予惩处。被告人刘蕾明知被告人丁福根涉嫌犯罪，仍为其提供隐藏处所，帮助其逃匿，其行为妨害了司法机关对犯罪嫌疑人的刑事追诉活动，已构成窝藏罪，依法亦应惩处。故依法判决以操纵证券交易价格罪，分别判处被告单位上海华亚实业发展公司罚金人民币2 300万元；被告人丁福根有期徒刑4年，罚金人民币50万元；被告人董沛霖有期徒刑2年10个月；被告人何宁一、李芸有期徒刑2年6个月；被告人边军勇有期徒刑2年2个月，罚金人民币22万元；被告人庞博有期徒刑2年3个月，缓刑2年6个月，罚金人民币10万元。以窝藏罪判处被告人刘蕾免予刑事处罚。在案扣押的款物分别予以没收和发还，违法所得继续追缴。

李芸上诉提出：原判定性不准，不明知吕新建等人操纵证券交易价格，没有获取不正当利益，其行为不构成犯罪。

上诉人李芸的辩护人的辩护意见为，李芸主观上不明知，没有操纵证券交易价格的主观故意，没有获取不正当利益，其行为不构成犯罪。

一审法院在判决书中列举的认定本案事实的证据，已在一审开庭时质证确认，在本院审理期间，上诉人李芸及其辩护人未提出新的证据，本院对一审判决书所列证据予以确认。本院经审理认为，一审判决认定上诉人李芸及原审被告单位上海华亚实业发展公司、原审被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇操纵证券交易价格；刘蕾窝藏的事实清楚，证据确实、充分。

关于李芸上诉所提原判定性不准，不明知吕新建等人操纵证券交易价格，没有获取不正当利益，其行为不构成犯罪的辩解和李芸的辩护人所提李芸主观上不明知，没有操纵证券交易价格的主观故意，没有获取不正当利益，其行为不构成犯罪的辩护意见，经查，原审被告人董沛霖曾多次供述“1998 年 9 月，吕新建告诉我让我帮助他融资，我把吕新建要做 0048 股票，要做长庄，并且是通过收购上市公司股权，改善公司业绩来做，他需要资金，我们帮助吕新建融资可以和他一起做股票赚钱，还会给融资人一些好处，让李芸在上海帮助吕融资，他同意。李芸联系了融资的钱，我把条件告诉吕新建，吕同意，让我与丁福根联系，我给李芸打电话，告诉他与丁福根联系。几天后，李芸打电话告诉我丁福根去上海了，这笔融资谈成了”。“李芸每次谈完融资都告诉我，我就找吕新建要钱，吕新建让我找丁福根。我为了让李芸明白融资是给公司做，就让丁福根把钱汇到上海华亚实业发展公司的账户上”。董沛霖的亲笔供词证明，吕新建对其将要操纵 0048 股票且需要融资，他把此事告诉了李芸，李芸同意。原审被告人丁福根、庞博均证明，曾亲自给李芸下指令购买 0048 等股票。大量的证据证明，李芸对吕新建等人操纵证券交易价格是明知的，并为吕新建操纵证券交易价格大量融资，提供条件，上海华亚实业发展公司所获得的欠款和其公司因融资获得的利益均来自吕新建等人操纵证券交易价格后获取的不正当利益。上诉人李芸曾对此供认，董沛霖说吕新建是操纵 0048 股票的庄家，并提出帮助吕新建融资，其帮助丁福根或以上海华亚实业发展公司、个人的名义与海通证券公司上海延安路营业部等证券公司营业部签订融资合同，共融资 3.1 亿元。故本院对李芸的上诉理由和其辩护人的辩护意见不予采纳。

本院认为，原审被告人丁福根、庞博、边军勇为获取不正当利益，原审被告单位上海华亚实业发展公司法定代表人董沛霖、总经理李芸为使该单位获取不正当利益，原审被告人何宁一为使所在单位获取不正当利益，明知吕新建等人意图操纵 0048 股票价仍采取多种方式帮助吕新建融资，并按照吕新建的指令指使他人或直接参与操纵 0048 股票价格，严重影响了 0048 股票的交易价格和交易量，

侵害了国家对证券交易的管理制度和投资者的合法权益，情节严重，其行为均已构成操纵证券交易价格罪，依法应予惩处。原审被告人刘蕾明知被告人丁福根涉嫌犯罪，仍为其提供隐藏处所，帮助其逃匿，其行为妨害了司法机关对犯罪嫌疑人的刑事追诉活动，已构成窝藏罪，依法亦应惩处。鉴于被告人庞博有自首情节，一审法院对其从轻处罚并适用缓刑；被告人刘蕾犯罪情节轻微，对其免予刑事处罚适当。一审法院根据被告单位上海华亚实业发展公司及被告人丁福根、董沛霖、庞博、何宁一、李芸、边军勇、刘蕾犯罪的事实、性质、情节及对于社会危害程度所作的判决，事实清楚，证据确实、充分，定罪及适用法律正确，量刑适用，审判程序合法，应予维持。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长：杨克

审判员：王立新

审判员：曹庆安

2003年×月×日

书记员：×××

郑杨斌侵犯商业秘密案法理研究

目 次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、商业秘密的认定
六、损害结果的认定及其对定罪量刑的意义
七、结语
附录一：浙江省玉环县人民法院刑事判决书
附录二：浙江省台州市中级人民法院刑事判决书

一、选案理由

侵犯商业秘密罪是1997年刑法典新增设的智力型犯罪。这种新型智力型犯罪在认定上存在许多疑难之处。无论是对该罪构成特征的把握，还是有关犯罪证据的收集，都令司法机关十分头痛。随着市场经济的深入发展，包括商业秘密在内的知识产权的重要性日益彰显，相应地，侵犯知识产权犯罪进入高发期，大量关于侵犯知识产权案件的报道使人们直观地感受到侵犯知识产权现象的严重性。问题的严重性和认定的复杂性使得这类案件一旦发生，往往便成为影响广泛的疑难刑事案件。当时属于清华大学工程物理系在读研究生的郑杨斌侵犯商业秘密案，因案情复杂，定性争议颇大，诉讼过程一波三折，当时在社会上影响较大，因而入选本书。

二、基本案情

被告人郏杨斌，男，1974年9月24日出生，汉族，浙江省温岭市人，清华大学在读硕士研究生，2001年12月7日因涉嫌侵犯商业秘密罪被浙江省玉环县公安局刑事拘留，同月29日被逮捕。本案由玉环县公安局侦查终结，以侵犯商业秘密罪于2002年4月25日移送玉环县人民检察院审查起诉，玉环县人民检察院以玉检刑诉［2002］201号起诉书指控被告人郏杨斌犯侵犯商业秘密罪，于2002年7月2日向玉环县人民法院提起公诉。

玉环县人民法院审理查明的本案基本案情如下：被告人郏杨斌于2000年7月受威特公司法定代表人苏明儒的邀请，来到威特公司参与ST2000型点钞机部件开发中的软件编程工作，并为威特公司提供芯片烧写，但双方没有签订书面合同。2000年11月17日夜，被告人以其外公病危为由，借机从威特公司实验室里擅自带走了新研发的ST2000型点钞机部件样机一台，后送到至中策公司进行技术测绘。2000年11月23日，威特公司与被告人郏杨斌就软件编程、芯片烧写及报酬等事项签订了一份书面协议。随后，被告人在为威特公司烧写了部分芯片后离开了威特公司。接着被告人郏杨斌凭借其在威特公司工作期间与中银公司建立起来的关系，促成了中银公司、中策公司、温岭天源电工程公司达成了生产ST2000型点钞机部件的合作意向，并利用在中策公司测绘出来的技术图纸和从中银公司获得的威特公司生产的50余套点钞机零部件，在温岭天源机电工程公司非法试生产上述部件产品，后因被玉环县公安局查封未果。尔后，被告人郏杨斌又将中银公司需要大量点钞机部件等相关信息透露给中策公司，并促成了中银公司与中策公司于2001年7月签订了一份点钞机部分产品购销合同。截至2002年4月，中策公司生产点钞机部件6 000余台销售给中银公司，价值人民币992.41万元，已收货款615.53万元。2001年8月，被告人郏杨斌以其父等人的名义在宁波注册成立了宁波广华电子有限公司，承接中策公司分给的点钞机部件装配业务。至同年12月，宁波广华电子有限公司为中策公司共装配点钞机部件2 000余台，得加工费约40余万元。

案发后，公安机关委托上海科华资产评估有限公司对“被告人郏杨斌窃取和使用威特公司所有的商业秘密价值”进行评估，该公司经评估后确认威特公司所有的ST2000型产品部件的专有技术普通使用权价值为人民币443万元。

三、裁判要旨

行为人采取盗窃样机送交技术测绘的手段获取其他公司产品的技术信息商

业秘密，在明知自己所在公司与该公司就相关技术信息订有保密条款和自己对该公司相关技术信息、经营信息负有保密义务的前提下，披露、使用、允许他人使用上述技术信息，并将相关的经营信息予以披露、允许他人使用，导致他人生产和销售与该公司同一的产品，给权利人造成特别严重后果，其行为已构成侵犯商业秘密罪。销售被侵权公司的产品，使该公司损失的利润，可以认定为侵犯商业秘密而使被侵权公司造成的经济损失，以专有技术普通使用权的价值作为认定损失的参照依据不当。

四、引发的理论问题

在一审法院进行审理过程中，公诉机关和一审辩护律师在对直接影响本案性质的事实及法律问题上一直都持有不同的意见。主要有以下几点：

（1）关于 ST2000 型点钞机部件的生产技术归属问题。人民检察院公诉意见认为，生产 ST2000 型点钞机部件的专有技术是电子电路部分、软件编程和机械结构这三方面技术的有机组合，是能与中银黑匣子配套的独有技术，是属于威特公司的。一审法院也是以此点来认定的，认为该产品生产技术作为一个整体归属威特公司所有。而辩方则认为点钞机作为产品，其全部技术不可能都是商业秘密，而必须是具有技术方案或技术特征，并且指出本案中可能的技术信息商业秘密归结于带凹槽的侧板，但是该凹槽尺寸未作为技术秘密加以保护，已经公开。

（2）对于点钞机的经营信息，人民检察院公诉意见认为点钞机部件的经营信息早已是公开的信息是不符合本案的客观事实的；而辩方则认为经营信息早已为公众所知悉，不是商业秘密。

（3）犯罪客观要件方面，人民检察院公诉意见认为被告人郏杨斌在客观上实施了侵犯商业秘密的行为，并且给商业秘密权利人造成了重大损失，其损失包括商业秘密本身所具有的价值、该行为给威特本身收入造成的减少、荣誉的损失、竞争优势的减少等等；辩方则认为侵犯商业秘密罪是结果犯，结果不具备，客观方面的要件不具备，犯罪就不成立，并且指出“评估报告书”的结论只是所谓“商业秘密”的价值，因侵权致使商业秘密的价值贬损即损失多少，是不同的概念，不可混淆。

由此引发了以下两方面的理论问题：

（1）如何理解《中华人民共和国刑法》第 219 条第 3 款所规定的商业秘密的内涵及其构成特征？其中又包括两个主要问题：①商业秘密之新颖性、秘密性的如何认定？结合本案，需要解决三个问题：其一，对于技术信息，是将全部信息整体视为商业秘密，还是将其中某部分信息作为商业秘密来加以保护？其二，商

业秘密的新颖性如何判断？其三，如何判断信息是否已经公开？本案中的经营信息、技术信息是否已公开？②商业秘密之价值性、实用性如何认定？

（2）如何认定侵犯商业秘密罪中的“给权利人造成重大损失”？也包括两个主要问题：①本罪是否属于结果犯？②商业秘密自身的价值是否等于“给权利人造成的损失”？

五、商业秘密的认定

（一）商业秘密之内涵与特征

商业秘密是侵犯商业秘密罪的对象。什么是商业秘密？商业秘密的外延和内涵如何界定？目前世界各国及相关的国际组织均未取得共识，而本文案例中的疑难问题之一也正在于此。因此，正确界定商业秘密的基本范畴，是研究侵犯商业秘密犯罪的核心内容。

1. 商业秘密之概念。我国《刑法》第 219 条明确规定了商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。即所谓商业秘密包括技术信息和经营信息。国家工商行政管理局在 1995 年 11 月 23 日发布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条规定：“本规定所称技术信息和经营信息，包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。”这个规定同样适用于刑法的规定。技术信息，是指具有一定经济价值、不为公众所知悉的未申请专利、未授予专利或依法不授予专利权的技术成果和技术秘密。其具体表现为符合上述要求的产品、配方、工艺流程、加工方法及生产领域的其他技术知识。“产品”指具有独特创意功能、外观的机器、设备、装置、配件等；“配方”指某种具有特性的产品，如食品、药品、饮料、化妆品等的成分比例和组合方式；“工艺流程”指产品制作过程中的加工程序、设备的组合方法、外部因素的调适（如温度、湿度、火候的掌握，各种材料的添加时间等）；“加工方法”指加工原料或产品所采取的化学、物理等方法手段。经营信息，是指对整个经营活动起关键作用的信息，一般包括投资、销售、财务、人事、组织、经营纠纷等与经营有关的信息，具体表现为计划、数据、记录、表格、合同、名册等。经营信息具体可归结为三个方面：①经营者自身状况的信息，如经营者的企业发展规划、重要决策、内部管理规范、人员改组计划、财务状况、资信状况、资产购置、技术装备等；②经营者的业务信息，如原料来源、市场布局、价格策划、客户名单、销售方式、兼并计划、招标底数、投资报价，经营纠纷等；③经营者有关外部合作者的信息，如对供应商、代理商、销售

商及合作人的资信评估状况、对兼并对象的状况研究等。

技术信息与经营信息的区别在于：①技术信息主要与工业的技术知识有关，涉及生产环节；经营信息是工业企业、商业、服务业、旅游业、金融业等在管理过程中积累的知识和经验，涉及经营环节。②技术信息的财产价值明显，损失较易认定；经营信息的构成条件和范围不易确定，损失也难以认定。因此，司法实践中行为人多因侵犯技术信息而被以侵犯商业秘密罪追究刑事责任。技术信息和经营信息既可以文字、图形为载体，也可表现为实物形态。

2. 商业秘密的构成特征。上述技术信息和经营信息并非必然成为本罪中的商业秘密，商业秘密还必须具备一定的特征。

从 TRIPs 协定第 39 条第 1 项规定来看，其对商业秘密的构成要件规定了三项，即新颖性（即"其作为一个整体或作为其各部分的具体构造或组合，不为通常触及此种信息的领域内的人们普遍知悉或者容易获得"）、商业价值性（即"因属秘密而具有商业价值"）和保密措施（即"合法控制该信息的人根据情况采取了合理的保密措施"）情况。

有学者认为我国《反不正当竞争法》第 10 条第 3 款规定的商业秘密保护要件可以归纳为三项，即"不为公众所知悉"为新颖性，"能为权利人带来经济利益，具有实用性"为商业价值性或者价值性，"经权利人采取保密措施"为保密措施。尽管我国的规定与 TRIPs 协定以及其他国家的具体措辞不尽相同，但在解释上完全可以认为具有相同的含义。例如，德国将商业秘密的秘密性归结为客观方面和主观方面，客观方面相当于美国所谓的新颖性，主观方面相当于保密措施，而美国有时将商业秘密价值性称为实用性（usefulness）。我国法律规定的"能为权利人带来经济利益、具有实用性"完全可以归结为商业价值性或者价值性、实用性，而且，"能为权利人带来经济利益"也完全可以解释为能够带来现实的或者潜在的经济利益，"具有实用性"可以解释为包括现实的实用性和潜在的实用性，如正在研制过程中的技术信息就属于具有潜在的实用性的信息。因此，我国《反不正当竞争法》和《刑法》规定的商业秘密构成要件是与 TRIPs 协定一致的，也与其他国家的通行认识是接轨的。[①]

笔者认为，根据我国刑法关于商业秘密的定义，商业秘密必须具备以下特征：①不为公众所知悉（新颖性、秘密性）；②能够实际投入生产或经营（实用性）；③能够为权利人带来经济利益（价值性）；④权利人对商业秘密采取了保密措施（保密性）。当然，有学者认为能够实际投入生产或经营（实用性）及能

① 参见孔祥俊：《WTO 知识产权协定及其国内适用》，法律出版社 2002 年版，第 302—303 页。

够为权利人带来经济利益（价值性）应该为一项，这个问题将在其后再作论述。

（二）新颖性、秘密性之认定

在本案中，商业秘密的新颖性、秘密性问题是控辩审三方的争议问题之一，具体为，其一，对技术信息中的全部信息整体视为商业秘密，还是某部分信息作为商业秘密来加以保护？其二，新颖性的判断，即本案中的经营信息、技术信息是否已公开的问题？下面，笔者将对这些问题作一讨论。

“不为公众所知悉”包含了新颖性和秘密性两重含义。新颖性体现商业秘密的技术水准，或者说技术信息或经营信息与普通的技术或经营信息存在差异。秘密性着眼于市场竞争，通过采取保密措施，使商业秘密仅为少数人知悉。与市场上的其他任何商品一样，信息的经济价值可以用稀缺性来说明。用法律术语来说，经济概念中的稀缺性就是秘密性（secrecy）。[①] TRIPs 协定第 39 条第 2 项的秘密性要件的含义包含下列方面：必须是客观上的秘密、相对秘密就足够了；对公共领域的信息的汇编式重新组合，不能成为否定其秘密性的根据；采取了合理的保密措施。

1. 秘密性的相对性。根据国家工商行政管理局 1995 年 11 月 23 日发布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条的规定，不为公众所知悉，是指该信息是不能从公开渠道直接获取的。不为公众所知悉同时意味着该商业秘密知晓的范围限定为非常有限的特定人员，如果为公众周知或公用的通用技术和经营方法等则不是秘密。有学者认为这反映了商业秘密的客观秘密性。而客观秘密性使权利人与那些不知道或者不使用该商业秘密的竞争对手相比，拥有了某种优势和机会。进而能获得较多的经济利益，因而是商业秘密的最核心特征。[②]

由于商业秘密（或者专有技术）的一个重要特征是其秘密性，几乎所有美国法院都一致同意商业秘密必须具有秘密的性质并以此来确定商业秘密是否成立。美国普通法的判例原则认为秘密性包括两个方面，即主观秘密性和客观秘密性，只有同时具备了这两个方面，法律才予以保护。客观秘密性是指该商业秘密在客观事实上没有被公众所知或没有进入公共领域。主观秘密性是指商业秘密拥有人本身有保密的意愿。在司法实践中，法院通常以商业秘密拥有人是否采取了合理的保密措施来判断这种主观意愿的存在。合理的保密措施是指该措施在当时情况下应是适当的。[③].

---

① 参见孔祥俊：《WTO 知识产权协定及其国内适用》，法律出版社 2002 年版，第 303 页。

② 参见聂洪勇：《知识产权的刑法保护》，中国方正出版社 2000 年版，第 212 页。

③ 参见叶京生编著：《美国知识产权案例与评注》，上海译文出版社 1998 年版，第 364 页。

实际上为了实现商业秘密的经济价值，商业秘密必须被一定范围的人所知悉。因此，商业秘密的秘密性是相对而言的，目前各国一致的看法也只要求相对秘密性即可。在 TRIPs 协定第 39 条中即采用了相对秘密性的概念。相对秘密性是指由有关信息构成的可受保护的商业秘密，并不绝对地要求不为所有人所公知，只要求其确切内容没有为不负保密义务的内行人所公知。这主要体现在“不为公众所知悉”的“公众”与知悉主体的范围界定上。“公众”不是指权利人以外的所有人，而是指特定范围的人，主要包括两类：①可能从商业秘密中获取经济利益的同业竞争者。②准备涉足同行业并有可能从商业秘密中获取经济利益的其他人。

知悉主体指为实现商业秘密的经济价值而应知悉商业秘密并负有保密义务的人，一般包括：①权利人为实施商业而将其告知负责实施的雇员，而按企业的规章制度或劳动合同，雇员对因工作接触的商业秘密负有明示或默示的保密义务。②因业务需要知悉商业秘密的业务合作者，如原材料供应商、产品销售商、加工承揽商、修理商等。③按照技术合同、协作协议等的约定负有保密义务的人。如权利人许可他人实施技术信息，并约定被许可人保守秘密。④由法律规定或行为性质决定了负有保密义务的人。如在学术研讨会、成果鉴定会、庭审中知悉商业秘密的人。在仅仅要求相对秘密性的情况下，即使其竞争对手或者知悉主体拥有同样的秘密，商业秘密所有人仍然可以得到法律保护。当然，如果各个竞争对手都知道该信息，它在该圈子内就不再成为商业秘密了。

2. 新颖性的相对性。商业秘密的新颖性是相对而言的，有时间和地域的限制。商业秘密在实践上不可能做到绝对的新颖性。随着时间的推移，同业竞争的推陈出新，许多商业秘密便会失去新颖性。因此，时间限度的界定对认定商业秘密新颖性具有重要意义。一般的，对商业秘密新颖性不应要求过长的时间段，只要求在一段时间内他人用正当手段不会很快知晓即可。这一时间段可参考行业规律而定。在地域上，有学者认为新颖性的判断有两个层次：①世界范围内的新颖性标准，即一项商业秘密在全世界任何地方都未公开过，才认为具有新颖性。②本国范围内的新颖性标准，即一项商业秘密在本国范围内未公开过，则认为具有新颖性。商业秘密的新颖性应采取以本国范围为标准，即一项商业秘密，即使在国外已经公开，但在国内没有以任何形式公开过，就认为具有新颖性。例如，财布编织技术是日本的传统工艺，是绝对公开的公知技术，但在我国不为人知。国内某厂派员前往日本学习并掌握该技术，在采取保密措施之后，该技术在国内便可成为商业秘密。笔者认为这种观点是正确的，只有以本国范围内的新颖性为标准才能充分保护商业秘密权利人的利益，使其利益不受非法侵犯。但是，这里

应该注意的问题是权利人应当在诉讼中首先有相应证据证明自己的商业秘密具有新颖性。就如有学者所明确指出的那样，权利人应当能够说明商业秘密由哪些信息组成，组成部分之间的关系是什么，该信息与其他相关信息如何区别，如何将该信息付诸实施。[①] 当然并不是说所有的举证责任都由权利人来承担，而是先由权利人提出，到底有无新颖性还需由专业的鉴定机构来鉴定，最后由法院来采纳。

3. 整体新颖性与部分新颖性。商业秘密中的技术信息和经营信息是由许多元素组成的，对技术信息和经营信息中的全部信息整体视为商业秘密，还是某部分信息作为商业秘密来加以保护？换言之，技术信息和经营信息能否整体上具有新颖性？在国外，这个问题与是否适用拼合标准有着类似性。对于申请专利的发明而言，它必须在内行人看来具有非显而易见性，也即是全新的发明，而不是现有技术的拼合，这就是拼合原则。有学者认为对于商业秘密而言，并无显而易见的要求（requiement of nonobviousness）。即使商业秘密的大多数组成部分都已经属于公共领域的知识，但只要因为相互拼合而获得了新的重要意义，就可以按照商业秘密保护。例如，就客户名单而言，客户的地址属于公知知识，客户的一般需求情况也是公开的，但是，如果有人将这些客户的地址以及各自的需求汇编起来，予以保密，且这些信息的总体也是不易于取得的，完全可以成为商业秘密，且一并指出大多数国家普遍承认商业秘密不适用拼合标准。例如在美国，商业秘密可以采取"特色的组合或者合成"方式（combination of characteristics or components），即其各个组成部分都属于公共领域，但组合起来以后形成一种产生竞争优势的"独特联合体"。法院在一个保护有关工艺的商业秘密的判例中曾指出："尽管某些反应在文献中披露过，其详细工艺产生于 Syntex（原告——引者注）的实验研究、测试和差错，而不是来自文献研究。Syntex 以整个工艺从事交易，而不是以其中的任何一个特定步骤。即使文献已披露各个步骤和反应说明，Syntex 也可以保护各个步骤的整体。"判例还认为，各种公知信息以特殊的方式组合起来，正是该组合方式形成了优于竞争对手的产品，从而成为一种商业秘密。它不仅包括此前从未进行过组合的情形，还包括虽然曾经进行过组合而组合方式并不相同的情形。[②] 该学者在另一著作中还指出，不为公众所知悉只是设定了一个最低限度的要件，实际上商业秘密中信息的新颖性程度差别是极大的。例如，有的信息可能只是某种信息的汇编，同行业的其他人只要付出劳动进行收

① 参见孔祥俊：《商业秘密保护法原理》，中国法制出版社 1999 年版，第 49 页。

② 参见孔祥俊：《WTO 知识产权协定及其国内适用》，法律出版社 2002 年版，第 307 页。

集整理也可以得到相同或者近似的结果，只是同行未这样做而该经营者这样做了，对于这种新颖性、但新颖性的程度极低的信息也可以构成商业秘密。[①] 总之，这位学者对于商业秘密是具有其整体新颖性还是部分新颖性的建议就是：商业秘密的各个部分应当作为一个整体看待，即使其各个部分分开来看都不具有新颖性，但如果组合起来以后发生质变，具有新颖性，那么就应该从整体上进行看待，不能因组成部分没有新颖性而否定整体的新颖性，或者将不能分割的各部分割裂开来，而认为一部分有新颖性而其他部分没有新颖性。

对于技术信息能否整体上具有新颖性的问题，有学者认为作为商业秘密的技术信息，不可能在整体上具有新颖性，权利人只能就其关键技术主张新颖性。最高人民法院在其公布的侵犯商业秘密的民事判决中，就对应当明确界定技术秘密的具体内容和范围这一问题有过指导意见，即法律对技术秘密等商业秘密的保护只能以该具体明确的内容和范围为对象。在司法实践中，不能将某个机器或者产品的全部技术都看作商业秘密，商业秘密必须是具体地表现在产品当中的个别部分、具体功能和作用原理。因为事实上某部机器或某项产品不可能全部属于商业秘密，它的一些部分技术总是从已知技术成果中移植过来的。并且还指出，权利人是就技术秘密的核心部分申请专利的，其配套的附属设备一般不具有新颖性，商业秘密不存在。[②]

4. 本案中对于是否将点钞机的机械结构、软件、电子电路三部分整体上视作商业秘密的问题。对此问题，一审法院认定：ST2000 型点钞机部件产品系威特公司在中银公司协助下研发成功，在中银公司明确表示放弃对该技术产权拥有的前提下，认定该产品生产技术作为一整体归属威特公司拥有，符合法律规定。

在 2002 年 12 月 4 日进行的二审第一次庭审中，辩护人申请对 ST2000 型点钞机部件的有关技术信息是否存在非公知技术进行重新鉴定，二审法院遂于同月 6 日委托中国科技法学会华科知识产权司法鉴定中心进行重新鉴定。2003 年 9 月 30 日华科知识产权司法鉴定中心出具鉴定结论，认为：ST2000 型点钞机中与激光防伪装置配套的，控制该装置位置的左右侧板结构在 2000 年 11 月 17 日之前是威特公司的自有技术，是点钞机行业的非公知技术。二审法院审理认为，中国科技法学会华科知识产权司法鉴定中心就威特公司生产的 ST2000 型点钞机部件存在非公知情况所作的鉴定结论经庭审质证，符合本案事实，应作为认定案件事

① 参见孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社 1998 年版，第 440 页。

② 参见周光权：《侵犯商业秘密罪疑难问题研究》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003 年第 5 期。

实的依据。由此可见浙江省科技厅的“技术鉴定意见”认为ST2000型点钞机部件整体上具有独特性、新颖性，而华科知识产权司法鉴定中心出具鉴定结论认为ST2000型点钞机中与激光防伪装置配套的，控制该装置位置的左右侧板结构在2000年11月17日之前是威特公司的自有技术，是点钞机行业的非公知技术。显而易见，两次的鉴定结论是不同的，二审法院也没有按照一审法院所采用的鉴定结论将ST2000型点钞机整体作为技术秘密。

笔者认为，对于这个问题，不能笼统地认为技术信息或者经营信息必须具有整体新颖性还是具有部分新颖性，而是应该具体问题具体分析。法律对新颖性的程度未作特别要求，只要求商业秘密的信息与普通知识存在最低限度的差异即可。实践中，商业秘密的新颖性程度差别很大。有的信息只是资料的加工汇编，新颖性程度不高，但只要与本行业的普通信息存在差异，也可以构成商业秘密。有的信息的新颖性已经达到可以申请专利的程度，但专利人不愿通过专利保护而以商业秘密的形式存在。虽然二者的新颖性程度差异很大，但法律给予平等保护。在新颖性程度上，商业秘密与专利存在差别，前者只要求不是某行业内的普通信息即可，后者要求同申请日前的技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著进步，该实用新型有实质性特点和进步。曾有比喻如此描述商业秘密保护和专利保护的关系：专利保护像一个置于高处的漏空极小的筛子，商业秘密保护则是置于底处网空很大的网，前者保护的范围狭窄但保护水平高，后者保护范围宽泛但保护水平低。

因而，笔者认为，在判断技术信息或者经营信息是具有整体新颖性还是具有部分新颖性时，应分为以下几种情况：①对于组成技术信息和经营信息的诸多元素，即使其各个部分分开来看都不具有新颖性，但如果组合起来不为公众所知悉，换言之，其组合后为不可分割的整体时，只要整体上具有新颖性的特征就具有整体新颖性；②反之如果它们组合在一起也没有发生根本性质的变化，不具有新颖性的特征，那么这种技术信息或者营业信息就不具有新颖性也就不可能成为商业秘密；③或者它们组合在一起发生了一定的变化，但是这些变化主要是某一元素具有新颖性的结果，即只有这一元素不为公众所知悉，其他元素及结构、组成方式都为大众所知悉，那么这种情况下，只有这一不为公众所知悉的元素因具有新颖性而可能成为商业秘密。例如：某数据公司通过有偿方式获取数家商品交易所的行情数据，将其加工整理后形成综合的信息流，然后向客户有偿发送。商品交易行情数据均为普通元素，但由此组成的信息流则可以成为商业秘密。由此说来，笔者认为我国法律上对于商业秘密也是不适用“拼合标准”的。

在本案当中，笔者认为，将ST2000型点钞机整体上作为商业秘密确实有失

妥当，因为ST2000型点钞机也是在传统的点钞机的基础上研制开发的，2003年9月30日华科知识产权司法鉴定中心出具鉴定结论，即认为：ST2000型点钞机中与激光防伪装置配套的，控制该装置位置的左右侧板结构在2000年11月17日之前是威特公司的自有技术，是点钞机行业的非公知技术，而这一点正是二审法院作为认定案件事实的依据。笔者认为要认定本案当中的技术秘密也只能以华科知识产权司法鉴定中心出具的鉴定结论——即将控制激光防伪装置配套的左右侧板结构作为“新颖性”来看待，而不能将该点钞机整体上作为商业秘密来看待。

5. 对本案中的技术信息、经营信息新颖性之判断。对于本案中经营信息是否具有新颖性，辩护律师辩称：经营信息已为公众所知悉，不是商业秘密。一审法院则认定：中银公司需求大量该产品（即点钞机部件）的信息也具有秘密性等商业秘密的特征，所以上诉人将其透露给中策公司，属于侵犯商业秘密中的经营信息的行为。在二审判决书中也是以此点来认定的。

对于本案中技术信息是否具有新颖性，辩护律师辩称：本案中可能成为商业秘密的技术信息是带凹槽的侧板，而该凹槽尺寸未作为技术秘密加以保护，因威特公司申请专利而公开。二审法院认定：威特公司确在2000年11月17日之前就点钞机的检测装置申请专利，但控制该装置的左右侧板结构的信息经法定鉴定机构鉴定并未为公众知悉，因此辩护律师及郑杨斌提出的异议不能成立。

笔者认为，一般情况下新颖性是通过否定性要件来判断的，即“不为公众所知悉”。在此主要考虑以下因素：

（1）技术信息或经营信息是否在公开发行的出版物上发表或者已公开。这里的出版物，是一个广义的概念，包括正式出版的书籍、报刊、专利文献及打印材料、广告资料等其他书面形式的出版物；同时还包括缩微胶卷、录音、录像等。如果在出版物上将技术信息公开或者将载有技术信息及经营信息的资料予以散布，将直接导致其新颖性丧失。当然，权利人只是在公开场合声明自己拥有某一技术，但公开程度极其有限，凭借该信息并不能付诸批量生产的，商业秘密的新颖性并未丧失。

（2）技术信息是否被公开使用。“公开使用”指在可以为公众了解、掌握的条件下使用。技术信息如果被广泛应用于工商、教学或者科研等部门，或被权利人出示、销售或者交换利用，或被个人展览、实施、销售、转让等，原则上属于公开使用。当然，在采取保密措施的情况下，让小范围内的人知悉的，例如通过书面许可，允许他人实施、销售、转让商业秘密的，或者产品上市后个别人通过反向工程解密但不公之于众的，并不会使商业秘密必然丧失新颖性。

（3）以其他方式为公众所知悉。这包括口头谈话、报告发言、视听报道等方式泄露商业秘密，也包括用模拟演示的方法使公众了解商业秘密的内容。[①]

对于本案中的经营信息是否已被公开的问题，笔者认同辩方的观点。因为辩方称，中国印钞造币总公司于 2000 年 10 月 19 日在北京召开“人民币新型鉴别机具演示即新闻发布会”，向社会公开展示了针对第五套人民币的新型点钞机和 W 机读识别模块等在内的验钞机具，并通过媒体报道这套新型鉴别机具由中银公司等合作开发。威特公司也在媒体上及其网站中公开展示点钞机及其经营信息。与此同时，中央和地方各大新闻媒体都提供了大量新型点钞机信息，任何点钞机生产厂商以及对点钞机购销业务有兴趣的企业，都可以通过公开渠道获得相关信息。所以即使被告人将其信息透露给中策公司，因这些信息无秘密性、新颖性可言，也就不能作为商业秘密来认定。因特网的出现使得信息已进入全球化的时代，因此在网络时代，权利人很可能因为自己没有采取适当的保密措施而使经营信息、技术信息不再具有秘密性、新颖性。因而，权利人自身的保密措施就显得极为重要了。

对于本案中的技术信息是否已被公开的问题，也是在判断新颖性时应该考虑的一个因素。权利人如果就技术秘密申请了专利，还能否就申请专利的部分主张商业秘密权利？有观点认为，如果专利的申请人在其申请中已披露了一些制造秘密，对此就不能再主张“未披露信息”的保护，至少从公开该申请之日起如此。因为他没有采取必要的保密措施。[②]

笔者赞同这一观点，如果权利人就某“技术秘密”申请了专利，那么其“技术秘密”因申请了专利而丧失新颖性，权利人就不能就该技术秘密主张商业秘密权利。在本案中，二审辩护律师也提到了这一点，并且指出了威特公司就唯一可能成为商业秘密部分的点钞机左右端板凹槽部分于 2000 年 4 月 13 日以“点钞机高精密度装置”申请的实用新型专利中，将具体尺寸数据“高 65mm，宽 25mm”予以披露，并且也未限定在专利要求书中，仅仅在说明书中对此陈述、披露。据此，机械部分凹槽设计的技术信息因申请专利而失去其新颖性。

应注意的是，“不为公众所知悉”与“不能从公开（公共）渠道直接获取（获得）”在含义上存在区别。从公开（公共）渠道获取（获得）的信息经过加工形成特殊信息，能否成为商业秘密，在理论上存在争议，其实在上述的有关整体

① 参见周光权：《侵犯商业秘密罪研究》，载《中国刑法学年会文集（2003 年度）》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 133 页。

② 参见孔祥俊：《WTO 知识产权协定及其国内适用》，法律出版社 2002 年版，第 299 页。

新颖性还是部分新颖性的问题上已经作出了一定的说明。有学者指出“不能从公开渠道直接获得”、“不能从公共渠道直接获取”分别是行政规章和司法解释对不为公众所知悉的界定。国家工商行政管理局在《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条第2款对不为公众所知悉的界定是“本规定所称不为公众所知悉，是指该信息是不能从公开渠道直接获取的”。这是从字面含义并从信息的消极获取渠道对“不为公众所知悉”进行界定，未从正面反映出该要件的新颖性以及在知悉主体上的相对性。而最高人民法院《关于审理科技纠纷案件的若干问题的规定》第51条第2款第2项规定的非专利技术成果应“处于秘密状态，即不能从公共渠道直接获得”，似乎是对不为公众所知悉的解释。并且该学者指出，对于不为公众所知悉，应当从新颖性和相对秘密性的双重角度进行解释，才能真正把握其要义。当然，从否定角度解释也有其独有的价值。在美国的判例和学说中也有类似的说法，即公共使用的信息不能成为商业秘密。所谓公共使用的信息，是指不特定的多数人可以知悉并有权使用的信息，最常见的情形就是从公开出版的论著或报道中可以得知的信息，而且，无论当事人是否知道某信息是公共的，公共使用的信息都不被作为商业秘密。可见，从否定角度界定不为公众所知悉，可以将商业秘密与众所周知的信息区别开来。① 笔者认为，商业秘密的判断标准在于其是否具有新颖性、秘密性，而非其基础信息的获取途径。如果对从公共渠道获取的信息不加以整理而使用，那么这些信息当然不可能成为商业秘密，但是法律对商业秘密新颖性的程度要求很低，不需要具有像专利法上的新颖性。商业秘密的新颖性必须是客观的，即构成商业秘密的信息在同行业中事实上不为公众所知悉，而不是公众业已知晓、权利人误认为不为公众所知悉。在很多案件中，商业秘密是否具有新颖性，需要在委托科技文献检索机构查新以后，由专门的知识产权鉴定机构提出鉴定结论。

6. 客户名单的新颖性、秘密性问题。我国目前侵犯商业秘密的案件主要是侵犯技术信息的案件，侵犯经营信息的案件较少。在经营信息中，客户名单是一个很复杂的问题。客户名单能否构成商业秘密，应判断其是否具有新颖性、秘密性。客户名单的新颖性主要体现在：①权利人为获得客户名单付出了劳动，如进行收集整理、分类加工等；②客户名单具有创造性并被权利人特定化，形成区别于普通信息的独有的信息源。例如，某公司为推销产品，投入大量的人力物力收集客户信息，包括客户的名称、地址、联系人的姓名、职务、联系电话、邮政编码及客户的需求信息等，并进行整理筛选，形成特有的客户名单，公司将其特定

① 参见孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社1998年版，第442页。

化并依此形成特定的客户群，这一客户名单便具有新颖性。应注意的是，构成客户名单的信息是否从公共领域收集、获取，并不影响客户名单的新颖性。

客户名单的秘密性体现在：①权利人尽到了维持秘密性的合理努力；②他人难以获取之。他人不必付出多少努力便可轻易获取的客户名单不具有秘密性。一般的，从公开的刊物、电话簿、因特网可以查到的客户名单，都是易于取得的。客户名单是否易于取得也可通过侵权人的侵权手段得以体现。例如，甲公司为获取乙公司的客户名单，在乙公司的营销部办公室安装窃听设备，甲公司侵权手段的特殊性足以表明乙公司的客户名单不易取得。

（三）价值性、实用性之认定

在本案中，控辩审三方对于点钞机是否具备价值性、实用性等问题也持有不同的看法。

二审辩护律师辩称：点钞机技术的价值性、实用性不具备。

二审判决认定：ST2000 型点钞机部件产品的权利人是威特公司，认为该产品存在非公知技术，已为权利人带来了经济利益，具有实用性、价值性。

在关于商业秘密的价值性及实用性的问题上，一些理论著作甚至一些规范性文件是将两者作为一个要件来阐述的，如国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条第 3 款规定："本规定所称能为权利人带来经济利益、具有实用性，是指该信息具有确定的可应用性，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势。"还有一些学者将价值性和实用性作为了两个要件。笔者认为无论是将价值性和实用性作为一个要件来认定还是作为两个要件来认定，都无法回避两者之间的联系。实用性和价值性紧密相联，二者是一个问题的两个方面，互为前提，缺一不可，具有同一性。因而可以将"能为权利人带来经济利益"和"具有实用性"归结为一个要件来阐述，对商业秘密价值性的认定，应加入实用性的限制。

1. 价值性。商业秘密的价值是指商业上的经济价值，而非其他领域的其他价值。如宗教界的经文因不具有商业上的经济价值，而更多的体现为一种精神价值，因此不构成商业秘密。政府部门的会议文件虽有可能具有商业上的潜在价值，但直接体现的是政府管理上的价值，并无直接的商业目的，因此也不构成商业秘密。总之没有商业价值的信息不构成商业秘密。

为了周延地保护商业秘密，民事领域的商业秘密的价值应包括现实的价值和潜在的价值。国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条第 3 款是承认"现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势"两种情况的，不以现实的价值为限。

有学者认为这种规定是符合国际潮流的，有利于适合高科技的发展需要以及促进科学技术的发展。这表明，不管是现实的可直接使用的商业秘密，还是正在研究、试制、开发中而具有潜在的（可预期的）价值的信息，都可以构成商业秘密，受法律保护。[①] 当然该学者是站在《反不正当竞争法》的角度来说明这个问题的。

也有学者认为，在刑法上也应当如此看待商业秘密的价值性，即不管商业秘密已经研制成功，立刻可以投入市场，还是正在研究、开发、试制中，不管某一商业秘密的经济价值是快速的，投入市场后收效迅捷的，还是长期的，要在相当长时间以后方能显现其效用的，也不论某一秘密给权利人带来的竞争优势是十分确定的，还是仅仅可能的，均具有商业秘密的价值性。[②]

有学者对上述问题提出了不同的看法，即认为上述观点值得商榷。在商业秘密的价值性、实用性问题上，刑法应当有其独特的评价标准。因为刑罚措施涉及对被告人的生杀予夺，极其严厉，作为一种最后手段，刑法上的评价必须严格而谨慎。商业秘密只具有现实的应用可能性，但是，事后证明其投入批量生产时存在重大缺陷，难以在实际中应用的，不具有刑法上所讲的应用性、价值性，用民事法律保护足以，不需要动用刑法惩罚侵权行为人，而且将不能实际投入生产的商业秘密在刑法上加以保护，会遇到刑罚适用上的难题，因为本罪要求行为人给权利人造成重大损失，在商业秘密本身不能立即投入生产之时，权利人的损失数额难以确定，行为人的侵权行为并不完全符合侵犯商业秘密罪的构成要件。[③]

商业秘密还具有积极价值与消极价值之分。积极价值指积极地增加权利人的经济利益、增强权利人的竞争优势的价值，如新研制、开发的方案设计等；消极价值指消极地避免减少权利人的经济利益、维护权利人的竞争优势的价值，如已被权利人淘汰但不加以保护会使同业竞争者实力增加的技术、信息等。虽然只具有消极价值的商业秘密不能增加权利人的经济利益，但可阻碍同业竞争者的竞争力，在这些商业秘密成为公众所知悉的信息之前，对于权利人其价值性尚存，对于本行业其实用性尚存，因此应当受到刑法保护。

2. 实用性。商业秘密的实用性主要体现为具体性和确定性。具体性是指商业秘密不能是单纯的构想、大概的原理和抽象的观念。首先，抽象、模糊的构想

---

① 参见孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社 1998 年版，第 443 页。

② 参见刘黎：《侵犯商业秘密罪构成特征研析》，载赵秉志主编：《刑法评论》（第 1 卷），法律出版社 2002 年版，第 166—167 页。

③ 参见周光权：《侵犯商业秘密罪疑难问题研究》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003 年第 5 期。

原理及观念本身不能直接转化为经济利益及竞争优势，其价值性尚处于不确定的状态。如前所述，只具有潜在价值的信息不受刑法保护。其次，不具有具体性的信息的外延很广，覆盖范围宽泛，其具体界限很难划分。刑法对此保护存在现实困难，如在调查取证方面便困难重重。并且，对这种外延很宽泛的构想、原理及观念给予刑法保护，会限制同行业的竞争，束缚他人手脚，不利于技术进步。例如，某服饰公司的某款服装的设计理念风格，仅仅是一种构想和观念，刑法若对之保护，则会阻碍服装业的发展。但是该公司某款服装的设计图样则可以成为商业秘密，刑法应予以保护。正如有学者所说，这种要求是出于社会利益方面的原因，即原理、概念越抽象，其适用范围或起作用的范围越宽，在其“权利人”自己尚未摸索并未使之具体化因而适用于实际应用之前，法律对其保护，等于束缚了社会他人手脚，不利于增进社会公共的利益。另外，将抽象的原理或者概念转化为具体的可实施的方案，往往需要花费更多的劳动，如果允许花费少量劳动初步获得某种尚不实用的原理或概念的人去禁止他人花更多的劳动使其适用于实用，也是不公正的。[①] 确定性是指商业秘密的权利人能够界定商业秘密的具体内容并划清其界限，主要包括商业秘密由哪些信息组成，组成部分之间的关系，信息的转化实施步骤等。例如，青铜多孔元件是多种气动机械设备必需的元件。甲厂通过技术引进获得烧结青铜多孔元件的制造技术。甲厂欲证明该技术的实用性，需提供该技术的图纸、技术资料，包括模具设计、装模脱模方法、烧结过程中的进炉、预热、保温、冷却、出炉等连续运行原理及具体作业参数。

3. 本案中的点钞机价值性、实用性之认定。本案的辩护律师在二审辩护词中提到点钞机技术的价值性、实用性不具备。

二审法院认定：ST2000 型点钞机部件产品的权利人是威特公司，认为该产品存在非公知技术，已为权利人带来了经济利益，具有实用性、价值性。上述已经提到，辩方和法院对 ST2000 型点钞机是否具备实用性、价值性特性看法不一致。而另外某媒体在对此案的相关报道中指出威特公司至 2002 止，共给中银发货 3 000 台，绝大多数都是不合格的产品。[②]

笔者在这里不想对威特公司所生产的 ST2000 型点钞机是否是不合格产品的取证问题作进一步的讨论，而是提出这样一个问题，即有的技术秘密表面上看可以投入生产过程，但是由于存在重大缺陷，无法进行批量生产，并且不能为权利人带来经济利益的，那么能否认定该技术具有实用性、价值性呢？笔者认为答案

---

① 参见张玉瑞：《商业秘密的法律保护》，专利文献出版社 1994 年版，第 1 页。

② 参见《南方周末报》2002 年 6 月 6 日，B16 版。

当然是否定的，此种情况下的技术根本就不具有实用性、价值性。如果在认定某技术商业秘密的时候，该技术是否存在重大缺陷还不得而知，也就是前面提到的可能存在潜在的价值这种情况下该技术能否构成刑法意义上的商业秘密呢？对此问题，笔者同意在商业秘密的价值性、实用性问题上，刑法应当有其独特的评价标准这种观点。刑罚是一种最严厉的制裁措施，万不得已，不可动用，更不能擅自动用。否则，正如耶林所言："刑罚如两刃之剑，用之不当，则国家与个人两受其害。"所以国家在运用非刑罚的方法，如道德的、民事的、行政的手段和措施足以抗制一些非法行为时，无需动用刑罚。对于还无法确定某技术信息是否能为权利人带来经济利益的前提下，该技术信息不能成为刑法上的商业秘密，如果侵权人对其技术信息确实有所侵害，可以通过民事侵权来解决。况且，把此技术信息作为商业秘密来认定的话，一旦侵权人因此被认定为有罪，而在事后该技术信息却被证明没有什么价值性或者实用性，此时对已经被判处刑罚的人是绝对的不公平，是有违罪刑法定原则的。本案中的点钞机如果确实存在技术上的原因无法大批量投入市场，那么对于点钞机部件即控制激光防伪装置配套的左右侧板结构来说，虽然它是点钞机行业的非公知技术（但是在是否申请过专利上还存在疑问），但无法为威特公司带来经济利益，因而就不应该将该技术认定为是侵犯商业秘密罪的商业秘密。并且由于该点钞机无法正常辨别第 5 套人民币真伪，不具有实用性，所以也无法构成侵犯商业秘密罪的商业秘密。换言之，从实用性角度考察，商业秘密的实用性要求商业秘密具有具体性和确定性。一种正处于研发阶段的商业秘密并不具有具体性和确定性，因此，不符合刑法保护的要求。

（四）保密性之认定

在本案中，控辩审三方对于威特公司是否对其技术信息、经营信息采取保密措施等问题持有不同的看法：

二审辩护律师认为威特公司没有采取合理的保密措施。

二审法院则认定威特公司已经采取了保密措施。

商业秘密的保密性，是指权利人对商业秘密采取了保密措施，将商业秘密控制起来形成独占状态，体现了权利人的保护意识。

1. 保密措施。商业秘密是否具有保密性，关键在于权利人是否采取保密措施。如果仅有主观上的保密意识还不行，还必须要有客观上的保密行为。正如有的学者所言，一个粗心的权利人对其毫无限制地公布的信息，是不能主张法律保护其商业秘密的。TRIPs 协定要求未披露信息必须是根据具体情况而采取合理保密措施的信息。这表明，保密措施是否合理，只能根据持有人和商业秘密的具体情况加以确定，其要求并非达到一致。

我国台湾学者以极其实务的做法，介绍台湾业者可供自保的一些保密措施的经验参考。具体如下：①有关营业秘密本身的管理。一般而言，可以由营业秘密本身、有接触秘密可能的人，以及相关的措施加强管理及采取防范措施。即要确定保密的范围、制定管理办法及部门控制。②对于有接触秘密可能的人员管理。即签订保密契约、执行教育训练、建立基本人事资料、撰写工作日志、离职员工的管理、约定竞业禁止条款。③有关措施的采行。即门禁管制措施、设备之管理、电脑管制、废弃物处理等等。①

而美国法院一般要求，商业秘密的所有人要采取合理的措施防止其商业秘密被侵犯，或者说必须采取积极的行动以防止其信息被擅自披露或者使用。如果只有保密政策，但并未实际实施，一般不作为采取了合理保密措施。换言之，保密措施必须是有效的或者合理的，虽然采取保密措施而并不有效或者合理，并不足以在侵犯商业秘密的诉讼中胜诉。②

根据我国国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》，保密措施主要指订立保密协议，建立保密制度。而根据我国《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》对保密措施的规定，保密措施主要指：①合法拥有技术秘密的企业与因义务上必要知悉该秘密员工或业务相关人已签有保密协议或提出书面的保证并已明确告知有关员工及业务相关人。②合法拥有技术秘密的企业已经对秘密的存放、使用、转移各环节采取了有效的控制措施。按照最高人民法院《关于审理科技纠纷案件的若干问题的规定》（1995 年 4 月 2 日）第 51 条规定，非专利技术成果（相当于商业秘密）的构成要件之一是，“拥有者采取了适用保密措施，并且未曾在没有的约定保密义务的前提下将其提供给他人”。

从我国法律规定来看，尽管只是简单地规定“经权利人采取保密措施”，而实施该规定的行政规章和司法解释将其解释为“合理的保密措施”或者“适当保密措施”，那么这些规定是否适用于刑法中的侵犯商业秘密犯罪呢？对此有学者认为国家工商行政管理局颁布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条第 5 款以上规定可以成为认定权利人是否采取保密措施的参考，但不宜直接作为认定侵犯商业秘密罪所要求的标准。每个企业都有自己不同的特点，不可能要求各企业所采取的保护措施都一样，只要在普通人看来，企业所采取的措施是为了防止第三人得知，且该措施对已掌握了商业秘密的人有一定约束性，即认为该

---

① 参见谢铭洋、古清华、丁中原、张凯娜合著：《营业秘密法解读》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 175—189 页。

② 转引自孔祥俊：《WTO 知识产权协定及其国内适用》，法律出版社 2002 年版，第 308 页。

信息具有保密性，符合 TRIPs 协议规则所要求的“根据有关情况采取了合理措施”。因此，应从司法解释的角度确立一个切实可行的最低标准，达不到该标准要求的商业秘密不予保护。根据司法实践，权利人只要采取了下列措施之一，即认为采取了保密措施：①是否建立了保密规章制度；②是否与相对人或职工签订了保密协议或提出了保密要求；③涉及商业秘密的特殊领域是否采取了适当的管理或警戒措施；④其他为防止泄密而采取的具有针对性及合理性的保密措施。[①]也有学者指出，对于商业秘密而言，由于它是权利人通过自己保密或者要求他人保密的方式而享受法律保护的，法律对保密措施就有了“门槛”要求，即在保密措施达到合理的程度时，才够得上商业秘密的资格而享有商业秘密的保护。如果持有人采取了保密措施而保密措施达不到合理的程度，法律就不承认它是商业秘密，也就谈不上商业秘密的保护。因此，对商业秘密的保护不能简单地等同于有体财产和其他知识产权的保护。权利人对其有体财产和其他知识产权无论是否采取防护措施，他人都负有不得侵犯的义务；寻求商业秘密保护的信息必须是采取了保密措施，且保密措施达到了一定的度，否则就连商业秘密也无法构成，更不用说享受商业秘密的保护了。保密措施是否达到了合理的程度，是决定是否构成商业秘密的条件，是决定是否按照商业秘密保护的前提，这是自己通过保密方式垄断信息所付出的代价。因而该学者又进一步指出在确定保密措施是否充分时，需要衡量保密措施的“度”或者“量”。[②]

笔者认为，侵犯商业秘密罪中的商业秘密的特征之一是必须要采取了保密措施，这是毋庸置疑的。尽管“度”或者“量”本身是很难量化的，只能由执法机关或者法院在个案中进行判断和衡量。但是，随着人们法律意识的提高和经济关系的复杂化，对保密措施的要求只会是越来越高。一般讲，合理的保密措施，是指权利人采取的保密措施从当时、当地的条件出发，在一般人看来是适当的、合理的，使相对人从客观上能够加以识别，并体现了权利人的保护努力和保护意识。在具体判断时，应考虑以下因素：①是否明确了保密义务主体，即在向他人披露商业秘密时，是否明确告知他人负保密义务，或者在协议中约定由谁负保密义务。②是否明确了保密的内容或者保密客体，即对哪些内容进行保密，需要让保密义务人知晓。③是否采取了软硬保密措施，即仅仅确定或者制定保密措施还是不够的，还必须实际实施保密措施。仅仅将保密措施流于形式，未必符合保密措施的要求。④保密程度与商业秘密的价值大小应具有相当性。商业秘密的价值

---

① 参见李晓明、辛军：《对侵犯商业秘密罪的再研究》，载《法学》2002 年第 6 期。

② 参见孔祥俊：《WTO 知识产权协定及其国内适用》，法律出版社 2002 年版，第 310 页。

越大，要求保密措施的保密程度应越高；权利人的保护意识与商业秘密的价值大小应相适应。商业秘密的价值越大，要求权利人的保护意识应越强；反之亦然。保密措施的保密程度可从客观上加以判断，权利人的保护意识可从权利人的保护努力中得以体现。因此，对是否采取合理的保密措施就不能简单理解为只要采取了上述某一种保密措施便是合理的保护了，而应结合具体案情作相当性判断。有的商业秘密只需妥善保管、分类管理，限定知情人范围，限制复制、限制脱离一定区域等措施即可，然而在很多情况下商业秘密的保护都要求权利人与相关人员订立保密协议。法律是站在权利人一边的，衡量保密措施是否充分时，不能对权利人的要求过于苛刻，但权利人对于保密措施的采取也不能随心所欲。

保密措施从内容上还可分为制度性保密措施和物理性保密措施。前者指制度设计上的保密措施，如签订保密合同、订立保密条款、在保密资料上加印“机密”“保密”字样、限制保密资料的公开范围、加强保密教育等；后者指有形的物理上的保密措施，如设置隔离设备、装配门锁、保险箱、设置密码、加强门卫等。在实际中常见的保密措施有：①企业制定有关保守企业技术或信息秘密的有关规定，明确商业秘密的种类、范围、密级、管理职责、违规处罚等，以此来约束企业职工履行保密的义务。②企业与职工签订保密协议，用合同的方式来约束知晓商业秘密的人。《劳动法》第 22 条规定，劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。第 102 条规定，劳动者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。③限定知悉商业秘密人员的范围，如将商业秘密的一道工序或一个配方分解成若干部分，只让雇员接触一部分。④掌握像供应商、批发商、销售商、承包商及律师、顾问等披露秘密的时间、范围、提出保密要求，订立保密协议。⑤在合作技术开发合同、技术转让合同中订立保密条款。⑥通过技术手段进行监控，如设立防盗装置、电子监视系统等。⑦划定保密区域，对外来人员进行登记和采取限制措施。⑧建立专门档案，建立保密机构，制定相应的保密制度，加强保密文件的管理，如对文件进行编号、划分保密级别。⑨对即将调离或退休的知悉秘密的人员进行保密检查。

在现实中还应注意形式保护与实际保护的区别。在有的案件中，权利人制定了保护技术图纸的企业制度，对企业职工也进行了保护技术图纸的教育。但是，在实际工作中，职工们对此并不重视，对技术图纸随意处置，外来人员也可以轻易获取。权利人对这种现象也熟视无睹。那么，所谓的保密措施在此便形同虚设，没有实质的保密意义。权利人对其技术图纸如此漠视，刑法便没有必要对其进行保护。在诉讼中，权利人举出其制定的保密制度及对职工的保密教育，因缺

乏实质的保密意义，不能证明其采取了合理的保密措施。

2. 保密义务。保密义务与保密措施联系密切。权利人向义务人提出保密要求，表明：其一，义务人应承担保密义务；其二，权利人采取了保密措施。因此，权利人对商业秘密采取保密措施，必须预先确定保密义务者的范围。原则上，下列人员负有保密责任，应当承担保密义务：①因业务需要而了解商业秘密的职工；②为商业秘密的权利人提供某种服务的外部人员，如公司高级顾问、律师、注册会计师等；③商业秘密权利人的业务伙伴，如贷款银行、供货商、代理商等；④付出使用费用后取得使用权的商业秘密的受让人；⑤商业秘密的出售人；⑥以商业秘密作为投资或者以此入股的权利人的合资、合作伙伴等。[①] 然而，保密义务与保密措施存在区别。保密措施是权利人所实施的保密行为，保密义务则是商业秘密权利人以外的人所承担的不侵害权利人商业秘密的义务。要求义务人对商业秘密承担保密义务只是保密措施中的一种。因此，二者发生条件可能相同，但意义不同。

实践中，保密义务的来源较难界定。在理论上，保密义务分为明示义务和默示义务。明示义务主要来源于制定保密制度、签订保密协议、加强保密教育等明示措施。默示义务指即使没有保密协议，但根据法律、习惯、实施等原因，义务人应对权利人所负的忠实义务，主要包括：①雇员不得为损害雇主的利益，披露或使用其在雇佣过程中获取的商业秘密；②雇员不得与雇主竞争，或为雇主的任何竞争对手工作；③雇员在工作过程中根据其能力所获取的不为雇主所知悉的有价值的信息，应当向雇主披露；④雇员离职以后，仍应保守其在雇佣期间知悉的商业秘密，但不妨碍使用在雇佣期间获取的普通知识和经验。在刑法保护意义上，保密义务主要通过保密协议规定。

保密协议应当以书面形式签订，包括以下条款：①保密的内容和范围；②保密协议双方的权利和义务；③违约责任。

其中保密义务可以有：①严格遵守本企业保密制度，防止泄露企业的技术秘密；②不得向他人泄露企业的技术秘密；③非经企业书面许可，不得使用该技术秘密进行生产和经营，不得利用该技术秘密进行新的研究开发。

需探讨的是离职人员的保密义务。在职人员与本单位签订保密协议，离职后是否不需遵守保密协议，不负保密义务？有观点认为，离职人员无须遵守在职时签订的保密协议，但是基于默示义务原则，仍负有保密义务。笔者认为，在职人员与单位签订的保密协议，不应设定期限，只要商业秘密存在，该保密义务便存

① 参见高晓莹：《侵犯知识产权罪的认定与处理》，中国检察出版社 1998 年版，第 215 页。

在，直至商业秘密消失。因此，离职人员仍应遵守保密协议，负有保密义务，这是一种明示义务。对保密协议、保密义务设定期限，是一种认识错误。因为这种做法违背商业秘密的性质。商业秘密是一种依靠权利人的保密措施维持秘密性的财产，只要不公开就会永远保持其秘密性。商业秘密的秘密性是相对的，为发挥商业秘密的使用价值，商业秘密必然为权利人以外的人所知悉，同时，权利人与特定知悉人签订保密协议，约定保密义务。为维持商业秘密的秘密性，这种保密义务不应设定期限，否则商业秘密随时都会因保密期限届满而被公开，商业秘密也就不可能成为一种依靠权利人的保密措施维持秘密性的财产。

3. 本案中的威特公司是否采取了合理的保密措施之认定。在本案中，二审辩护律师认为威特公司没有采取合理的保密措施，而二审判决则认为威特公司已经采取了保密措施。对此问题必须按照上述的问题点来进行判断，因为本案涉及证据的采纳问题，所以对于权利人是否采取了合理的保密措施，还需要司法机关严格把握。另外还有一个问题，二审辩护律师认为威特公司未与上诉人签订保密协议，上诉人不负有保密义务。对此，笔者认为，是否签订保密协议对于案件的认定具有决定性意义，企业必须与员工签订保密协议，才能要求对方尽保密义务，对于本公司以外的职员更应该有书面保密协议。否则很难要求知悉秘密人自愿、主动保守商业秘密，在法律上也缺乏约束力。

六、损害结果的认定及其对定罪量刑的意义

在本案中，控辩审三方对于给商业秘密的权利人造成重大损失等问题持有不同的意见：

玉环县人民检察院公诉意见认为：被告人郑杨斌在客观上实施了侵犯商业秘密的行为，并且给商业秘密权利人造成了重大损失，其损失包括商业秘密本身所具有的价值、该行为给威特本身收入造成的减少、荣誉的损失、竞争优势的减少等等。

辩护律师辩称：侵犯商业秘密罪是结果犯，结果不具备，客观方面的要件不具备，犯罪就不成立；而“评估报告书”的结论只是所谓“商业秘密”的价值，因侵权致使该商业秘密的价值贬损即损失多少，是不同的概念，不可混淆。

二审法院认定：因中策公司销售了 6 585 台点钞机而使威特公司损失 141.235 08 万元的利润，可以认定为郑杨斌侵犯商业秘密而使威特公司造成的经济损失，原判以专有技术普通使用权的价值作为认定损失的参照依据不当，对辩护人提出的该点辩护理由予以采纳。

由此可见，损害结果的计算直接影响着对本罪的定罪量刑。

（一）侵犯商业秘密罪是否是结果犯

根据《刑法》第219条第1款的规定，侵犯商业秘密罪构成要件客观方面的要素之一是犯罪行为给商业秘密的权利人造成重大损失。对于给权利人造成“重大损失”的理解在学术界还是存在着很大的分歧。

有观点认为侵犯商业秘密罪是结果犯，特定的损害结果不具备，犯罪客观方面的要件不齐备，犯罪自然就不成立。[①] 也有观点指出，从刑法理论上来讲，侵犯商业秘密罪是结果犯，只有侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失的，才构成犯罪；否则不构成犯罪。[②] 还有观点虽然没有直接提到侵犯商业秘密罪是结果犯，但是也指出，刑法典把侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失界定为构成犯罪的条件，因此，行为人侵犯他人商业秘密的行为虽然具备侵犯商业秘密罪的其他构成要件，但只要没有给商业秘密的权利人造成重大损失，就不能以犯罪论处，而应作为一般的民事侵权行为或者作为不正当竞争行为论处。[③] 或者指出，对权利人实际损失的认定既涉及罪与非罪的界限，也涉及重罪与轻罪的划分。[④] 由此可见这些学者都认为只有给权利人造成重大损失的才可构成本罪。

但是也有论者提出了不同的看法，认为给权利人造成重大损失是成立侵犯商业秘密罪的标志这种观点并不完全妥当。并指出原因，根据刑法理论，以犯罪构成的形态为标准，可以讲犯罪构成分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。而直接故意犯罪不仅存在犯罪成立的问题，而且存在犯罪过程的各种停止形态，而疏忽大意的过失犯罪与过于自信的过失犯罪以及间接故意犯罪的单独犯，只有犯罪是否成立的问题，不存在犯罪过程中的各种停止形态问题，因此，对于直接故意犯罪而言，尽管不具备刑法分则条文规定的相关犯罪的基本犯罪构成，但具备了刑法总则条文规定的相关犯罪的修正犯罪构成，也可构成犯罪，只不过属于犯罪的预备、未遂和中止形态，不同于完全符合刑法分则规定的基本犯罪构成所形成的犯罪的既遂形态，而过失犯罪或者间接犯罪则不同，他们只有完全符合刑法分则条文规定的基本犯罪构成才构成犯罪。就侵犯商业秘密罪来说，该论者指出，由于其罪过形式也有疏忽大意的过失，还有直接故意和间接故意，因此，对于疏忽大意的过失侵犯商业秘密罪和间接故意侵犯商业秘密罪而言，新《刑法》第

---

① 参见周光权：《侵犯商业秘密罪疑难问题研究》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003年第5期；林亚刚：《侵犯商业秘密罪再研究》，载《法制与社会发展》2000年第1期。

② 参见詹复亮：《论侵犯商业秘密罪》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第1卷），法律出版社1998年版，第113页。

③ 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社2001年版，第604页。

④ 参见游伟、张本勇：《侵犯商业秘密罪的认定及诉讼问题》，载《人民司法》2000年第3期。

219条规定的“造成重大损失”应作为其犯罪构成的一个客观要件，而对于直接故意侵犯商业秘密的行为，若具备“造成重大损失”可构成侵犯商业秘密罪既遂形态，但若不具备该要件者，仍能构成犯罪预备、未遂、中止，而决不意味着不能构成犯罪。① 还有观点认为，对于主观上出于疏忽大意的过失、过于自信的过失以及间接故意形式的侵犯商业秘密行为而言，“给商业秘密权利人造成重大损失”是其犯罪构成的一个重要客观要件；但对主观上出于直接故意的侵犯商业秘密行为而言，则只是其犯罪既遂形态的客观要件，不具备该要件者虽不能构成犯罪既遂，但却能构成犯罪预备、未遂或者中止。② 还有学者指出，“给权利人造成重大损失”是区分犯罪既遂与未遂的条件，侵犯商业秘密罪存在犯罪未遂问题。③ 上述这些观点中，有的直接指出了直接故意侵犯商业秘密罪存在故意犯罪的各种犯罪形态，而对于疏忽大意的过失侵犯商业秘密罪和间接故意侵犯商业秘密罪则认为不存在故意犯罪的各种犯罪形态。而有的观点对于侵犯商业秘密罪的罪过形式没有作出进一步的区分，只是论述说“给权利人造成重大损失”是区分犯罪既遂与未遂的条件，也没有提到是否存在犯罪预备、犯罪中止等犯罪停止形态。

也有学者指出，法定犯的结果犯不存在未遂形态，即法定犯都是以违反特定的经济、行政法规为前提，但仅仅违反这一前提的行为，通常只能认定为一般的经济违法或行政违法行为，还不能认定为犯罪。法定犯构成犯罪必须具备严重的社会危害性，而法定犯的社会危害性因其违反的特定法规不同而表现各异。④ 由此可以得见，侵犯商业秘密罪可以归入上述法定犯的适例中。对于该学者提出的法定犯的犯罪结果具有双重性，即既是行政违法与犯罪的界限，又是既遂的标准这一观点，笔者认同法定犯的犯罪结果是行政违法与犯罪的界限，但是对于是既遂的标准这一观点还是值得商榷的。

笔者认为侵犯商业秘密罪中的特定的损害结果不具备，也就是说没有给商业秘密的权利人造成重大损失，犯罪客观方面的要件不齐备，犯罪自然就不成立。因而侵犯商业秘密罪中不存在犯罪既遂、犯罪未遂、犯罪中止、犯罪预备的问

① 参见彭思彬：《再论侵犯商业秘密罪的构成要件》，载《广西政法管理干部学院学报》2003年第2期。

② 参见杨凯：《析侵犯商业秘密罪的定义与构成要件》，载《湘潭大学社会科学学报》2001年第1期，第81—82页。

③ 参见赵永红：《侵犯工业产权犯罪研究》，中国人民大学2002届博士论文，第123页。

④ 参见聂立泽：《法定犯特征论要》，载《现代刑事法治问题探索》（第1卷），法律出版社2004年版，第493页。

题，只是存在是否成立侵犯商业秘密罪的问题。认为直接故意侵犯商业秘密的行为，若具备“造成重大损失”可构成侵犯商业秘密罪既遂形态，但若不具备该要件者，仍能构成犯罪预备、未遂、中止，而决不意味着不能构成犯罪的观点是值得商榷的。因为直接故意犯罪并非都存在犯罪的这些停止形态，说直接故意犯罪可以存在犯罪的完成和未完成形态是对其总体和大多数直接故意犯罪而言的，并不意味着一切直接故意犯罪的罪种与具体案件都可以存在这些犯罪的停止形态。

（1）从罪种方面分析。有几类直接故意犯罪不存在某种或几种犯罪的未完成形态：①依法一着手实行即告完成犯罪的举动犯，如煽动分裂国家罪。②我国刑法中把“情节严重”、“情节恶劣”规定为构成犯罪限制要件的情节犯，不可能存在犯罪未遂。③结果加重犯和情节加重犯由其构成特征所决定，不存在犯罪既遂与未遂之分，而只是构成一种状态，即只有是否成立加重构成犯罪之分。

（2）再从具体案件方面考察。突发性的直接故意犯罪案件由于一般不存在犯罪的预备阶段而直接着手实施犯罪实行行为，因而往往也不可能存在犯罪的预备形态以及犯罪预备阶段的中止形态，而只有犯罪未遂、犯罪实行阶段的犯罪中止以及犯罪既遂形态存在的可能。[①]

笔者认为侵犯商业秘密罪的情况即造成重大损失才可能构成侵犯商业秘密罪应该包含在上述的第二种情形中，也就是说只有我国刑法明确规定的“造成重大损失”才能构成侵犯商业秘密犯罪的情况下，即使是直接故意犯罪也不存在犯罪的完成和未完成形态。

但是这里还要注意的一个问题是，侵犯商业秘密罪是否是结果犯呢？

结果犯是大陆法系国家刑法理论常用的术语，我国刑法理论也经常使用。对于结果犯我国理论界主要存在着两种截然不同的理解：

一种观点认为，结果犯是指以法定的犯罪结果的发生作为犯罪既遂标志的犯罪。[②]

另一种观点认为，结果犯是以法定的犯罪结果发生为犯罪成立要件的犯罪。[③]

笔者认为，这两种含义在大陆法系刑法理论中通常是统一的，因为大陆法系刑法以处罚既遂为原则、以处罚未遂为例外，刑法分则以既遂为模式。刑法分则规定的构成要件不仅是成立犯罪的要件，还可以说是犯罪既遂的要件。当分则条

---

① 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 214 页。

② 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 269 页；赵秉志：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 217 页。

③ 参见赵秉志主编：《犯罪总论问题探索》（当代刑法理论探索第 2 卷），法律出版社 2003 年版，第 402 页。

文规定了犯罪结果时，该结果是犯罪构成要件之一，又是犯罪既遂的标志，所以关于结果犯的两种观点在他们那里并无差异。但是在我国两种含义得出的结论不同。以抢劫罪为例，如果采用第一种含义，抢劫罪就是结果犯；如果认为结果犯是以犯罪结果发生为犯罪构成要件的犯罪，抢劫罪就不是结果犯。而目前，我国通说采用第一种含义，认为结果犯是不仅要实施具体犯罪构成要件客观条件的行为，而且必须发生法定的犯罪结果，才构成既遂的犯罪。那么对于侵犯商业秘密罪，如果按照第一种含义则不能称之为结果犯，因为给权利人造成重大损失是侵犯商业秘密罪的构成要件而非既遂要件，也就是说如果没有给权利人造成重大损失就不构成侵犯商业秘密罪，而不存在既遂与否的问题。那么如果按照第二种含义则可以称之为是结果犯。

现在学术界对结果犯含义确实存在着不同的分类标准，但是如果避开提出侵犯商业秘密罪是否是结果犯这个问题，应该肯定的是在侵犯商业秘密之时，如果没有给商业秘密权利人造成重大损失，就不成立侵犯商业秘密罪。正如有的学者所称，学术上对于侵犯商业秘密罪的上述分歧除了对结果犯的定义不同之外，还有本罪的主观罪过形式方面的原因。将没有给商业秘密的权利人造成重大损失的行为认定为犯罪（只不过是犯罪的未完成形态）是否与法律的明文规定相矛盾还是一个问题。同时又指出，根据法律规定，无论是故意形式的还是过失形式的侵犯商业秘密行为，“给商业秘密的权利人造成重大损失”都应当是犯罪成立的条件，若在后一种意义①上使用结果犯的概念，则侵犯商业秘密罪在整体上属于结果犯。② 笔者对这种观点持肯定的态度，而对于侵犯商业秘密罪是否是结果犯这个问题，应该在界定了结果犯的含义后再作出讨论，否则会因讨论的基础理论存在差异而使得出的结论没有可比性，因而也就没有讨论的意义了。

如上所述，没有给商业秘密权利人造成重大损失，就不成立侵犯商业秘密罪，换言之是否“给权利人造成了重大损失”是判定侵犯商业秘密罪与非罪的重要标准和尺度，而“特别严重后果”则是判定侵犯商业秘密罪重罪与轻罪的重要标准和尺度。因而如何衡量行为人的行为是否“给权利人造成了重大损失”是很重要的。

（二）商业秘密自身价值与权利人的实际损失之认定

1. 重大损失的含义。在刑事司法实践中，重大损失一般是指被害人由于犯

① 后一种意义指的结果犯是指以法定的犯罪结果发生为犯罪成立要件的犯罪。

② 参见黄京平、李富友：《侵犯商业秘密罪若干争议问题研究》，载《中国刑法学年会论文集（2003年度）》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 125 页。

罪人的犯罪行为而遭受的物质损失。依照最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 2 条的解释，被害人因犯罪行为遭受的物质损失，是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。

刑法对侵犯商业秘密罪中的“重大损失”的含义未作明确说明。[①] 实践中，一般认为“重大损失”，是指以下情形，即致使权利人的经营活动受到严重损害的；造成权利人商品滞销，严重积压的；致使权利人的营利性服务严重受挫的；致使权利人经济损失巨大的；致使权利人丧失竞争优势、倒闭、破产等。由此可见，我国司法实践中据以认定“重大损失”的标准是很高的，绝非一般侵权行为轻易能够达到，这也正是刑法上的侵犯商业秘密罪和民事侵权行为进行区别的重要标准。

重大损失，既可以是直接损失，也可以是间接损失，既可以是有形损失，也可以是无形损失。判断行为人的行为给权利人所造成的重大损失时，应根据犯罪的整个情况作综合判断，一般应充分考虑以下因素：①取得商业秘密的成本，如开发、研制商业秘密的成本，商业秘密的合理使用费用等；②使用或保持商业秘密所产生的经济利益或竞争优势，如凭借该商业秘密所占领的市场份额，生产成本的降低、利润的增加等；③侵权人的获利状况，如侵权人使用商业秘密之前的经营状况与使用之后的盈利状况，侵权人的生产能力大小，侵权行为的持续时间；④合理预期的将来利益，要确认这种损失就需要充分考虑商业秘密新颖性的程度、商业秘密的生命周期及其所处阶段、权利人的生产能力大小、市场竞争状况和市场前景等因素。

2. 商业秘密自身价值与权利人的实际损失。在本案中，一审法院是以专有技术普通使用权的价值（443 万元）作为认定损失的参照，二审律师对此认定标准提出置疑，并且指出商业秘密的自身价值不能作为权利人的实际损失。二审法院认为原判的认定标准依据不当，对郑杨斌及辩护人提出的该点上诉及辩护理由予以采纳。

最高人民检察院、公安部 2001 年发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规

---

① 2004 年 12 月 8 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定：实施《刑法》第 219 条规定的行为之一，给商业秘密的权利人造成损失数额在 50 万元以上的，属于“给权利人造成重大损失”，应当以侵犯商业秘密罪判处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。给商业秘密的权利人造成损失数额在 250 万元以上的，属于《刑法》第 219 条规定的“造成特别严重后果”，应当以侵犯商业秘密罪判处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。第 15 条规定：单位实施《刑法》第 213 条至第 219 条规定的行为，按照本解释规定的相应个人犯罪的定罪量刑标准的三倍定罪量刑。

定》指出，侵犯商业秘密，涉嫌下列情况之一的，应予追诉：①给商业秘密权利人造成直接经济损失数额在50万元以上的；②致使权利人破产或者造成其他严重后果的。问题是，其中的“造成直接经济损失在50万元以上”是指被盗窃商业秘密本身价值，还是指商业秘密被侵犯后给权利人造成的实际损失，在该规定中也并未明确。在我国学术界及司法实务界对其也存在着争议，由此导致刑事司法实践中无法把握，也难以操作和认定。正如有学者所称，关于“造成重大损失”及“造成特别严重的后果”规定得不够具体。而“造成重大损失”或“造成特别严重的后果”是侵犯商业秘密行为受刑法调整的一个连结点，如果刑法对此点规定不明确，则很难明确刑法调整的补充性性质；从另一方面而言，也是和罪刑法定主义相冲突的。什么行为是犯罪，对犯罪处以何种刑罚，必须在事前明确规定，这是罪刑法定原则法定刑和明确性（犯罪构成要件的明确性和处罚程度的明确性）的要求。如果法律对导致刑罚后果的条件——“造成重大损失”和“造成特别严重的后果”规定不明，则公民在实施一定的行为时就不可能预测到自己的行为达到何种程度的社会危害性才会导致刑事上的责任。如果处罚这种公民不预知后果的行为，显然会妨害公民的行为自由。[①]

对上述的问题，有观点认为，将商业秘密自身价值作为侵犯商业秘密给权利人造成的损失是不准确的，如果将商业秘密自身价值作为侵犯商业秘密给权利人造成的损失，将会出现只要被侵犯的商业秘密自身价值极高，就构成犯罪的局面，这样就会不当地扩张刑法对侵犯商业秘密行为的惩罚范围。[②] 也有观点认为，商业秘密的自身价值不等于“给权利人造成的重大损失”。主要理由是：

（1）商业秘密是无形财产，其与有形财产之间存在重大区别。刑法将侵犯商业秘密罪列入破坏市场经济秩序罪中，而不是置于侵犯财产罪中，侵犯有形财产的盗窃、诈骗、抢劫以及故意毁坏财物罪，由于行为是直接取得财物，或者是故意毁坏被害人的财物，排除了原财物合法所有人或者占有人的占有，排除了对财物的占有，即失去了财物的价值，所以，犯罪数额以财产自身价值计算，是合理的。但是，在侵犯商业秘密的场合，财产是无形的，不是一个实体，侵权人的使用并不排斥权利人的使用，权利人并不必然失去商业秘密的自身价值。所以，将商业秘密自身价值作为侵犯商业秘密给权利人造成的损失是不准确的，混淆了侵犯商业秘密罪与普通财产罪的犯罪认定标准。

---

① 参见邱兴隆：《商业秘密的保护和商业立法》，载刑事审判网2003年11月22日。

② 参见黄京平、李富友：《侵犯商业秘密罪若干争议问题研究》，载《中国刑法学年会论文集（2003年度）》，中国人民公安大学出版社2003年版，第126页。

（2）在很多场合，商业秘密自身价值高，但是侵权人实施盗窃等不法手段取得商业秘密行为后，不久就被发现、制止，给被害人造成的实际损失远远小于商业秘密自身的价值。如果以商业秘密自身价值作为被害人的损失数额，就可能出现技术图纸被盗数天内被追回，并没有给权利人造成重大利益损失，却以侵犯商业秘密罪定罪量刑的情况。

（3）将商业秘密自身价值等同于行为人给商业秘密权利人造成的损失，实质上将《刑法》第 219 条解释成了“侵犯商业秘密，在商业秘密自身价值极高时，即构成犯罪”。这种理解，有违罪刑法定主义之嫌。①

从其他国家的立法及 TRIPs 协议规则看，“造成直接经济损失在 50 万元以上”是指商业秘密被侵犯后给权利人造成的实际损失，即指商业秘密被侵犯后给权利人造成的利益损失。另外，如何选择商业秘密价值的评估机关，以及如何计算“重大损失”和“特别严重后果”，两者又如何区分等，均是我国认定侵犯商业秘密罪的关键。因此，审判实践中，应当将商业秘密的自身价值与权利人的实际损失加以区分，不能以商业秘密的自身价值认定权利人的实际损失。在不能确定权利人的实际损失额及行为人的获利额时，“重大损失”这一要件是无法确定的。实践中，在不能确定这些基本数额的情况下，往往以专有技术使用权的价值作为参照依据，这是不妥当的。即使有关评估机构认定商业秘密自身价值较高，在以下情况，都不能认定权利人有重大损失，进而对侵权行为人定罪：①商业秘密权利人与他人有明确的、标的额较大的购销合同，即使他人使用商业秘密进行生产，也不影响权利人先前合同的履行的；②商业秘密中的主体技术不成熟，根据该秘密生产的产品无法批量推向市场，权利人不能从产品中获利，侵权行为人虽然进行了生产，但是并未销售盈利的；③商业秘密权利人进行停产、转产或者其他结构性调整，但是，这种现象的出现，乃是其自身实力不济或其他综合因素所致，与侵权人的行为没有关联的。

笔者认为，对于上述这些问题，立法机关与司法机关应尽快明确或作出解释，以彻底解决刑事司法操作难的问题。基于我国立法现状及存在的问题，从维护社会主义市场经济秩序，保障公平竞争的角度出发，有必要参照和借鉴国外立法的成功经验，进一步完善我国的商业秘密刑事立法，具体建议如下：宜将“重大损失”及“特别严重后果”明确化。此种明确，以立法机关来进行为宜，以便于法律适用的统一，更好地保障被告人的合法权益。其实根据《反不正当竞争

① 参见周光权：《侵犯商业秘密罪研究》，载《中国刑法学年会论文集（2003 年度）》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 141 页。

法》第25条的规定，对于侵犯商业秘密而未构成犯罪的，由监督检查部门责令停止违法行为，可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

（三）重大损失的计算

在司法实践中，对犯罪行为造成被害人损失案件的处理，一般应根据侵权行为人应当承担的民事赔偿数额确定给权利人造成的损失数额。对于如何计算侵犯商业秘密罪的直接经济损失问题有不同的观点：

1. 认为应考察商业秘密的研制开发成本、商业秘密的利用周期、使用转让情况、成熟程度、市场容量和供求关系、受害人营业额实际减少量、行为人对商业秘密的窃取程度（是部分窃取还是全部窃取）、披露范围、使用状况等。①

2. 认为应以商业秘密是否为侵权人公开为标准，如已公开，其损失等于商业秘密本身蕴含价值和其预期所得之和减去利用该秘密所获之利益；如未公开，则其损失等于侵权人侵权所得。

3. 认为应以侵权人因侵权行为获得利益为依据；以不低于商业秘密使用许可的合理使用费为依据，但也包括丧失竞争优势、竞争能力、竞争资格等。

4. 认为"直接经济损失"应为多层次，多因素的，并且不同性质的侵犯商业秘密行为的损失计算应有不同。权利人的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。对不同性质的侵犯商业秘密行为采用不同的标准，合理计算给权利人造成的直接经济损失，具体方法为：①对于行为人实施了盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人商业秘密行为的，应以商业秘密本身所蕴涵的价值（既可以是商业秘密的开发成本，也可以是商业秘密的现行市价）来计算。②对于行为人实施了违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求向社会公众披露他人商业秘密行为的，应以商业秘密本身所蕴涵的价值（既可以是商业秘密的开发成本，也可以是商业秘密的现行市价）与权利人竞争优势损失之和来计算。③对于行为人实施了违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求使用他人商业秘密行为的，应以权利人的财产损失（必要时也可以侵权人的非法所得）来计算。④对于行为人实施了违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，允许他人使用权利人的商业秘密行为的，应以商业秘密本身所蕴涵的价值（主要指商业秘密实施许可的合理费用额）和权利人的财产损失之和来计算，必要时也可以非法转让人、非法使用人的非法所得之和来计算。⑤对于行为人实施了披露、使用、允许他人使用，以盗窃等非法获

① 参见赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第812页。

取的他人商业秘密行为的，应以行为人的数种具体行为的损失之和为基础，以不重复计算同项内容为原则来计算。[①]

观点五：认为考虑到商业秘密权利人与其实有或潜在的客户的交易能否成交存在着或然性，而不是必然性，交易中的风险无时不在。为了公平、完整、全面地维护各方当事人的利益，司法实践中有些人民法院将侵权人的销售额乘以平均利润额的 1/2 为获利额，这种做法值得借鉴。[②]

笔者认为，商业秘密的损失计算原则大致分为以下两种：一是商业秘密权利人因侵权行为遭受的损失。商业秘密权利人可计算的财产、收入方面的损失应全部作为损失的数额。主要考虑的因素有：商业秘密的开发投入、利用周期、成熟程度及现实优势等。开发投入，指商业秘密的研制开发成本，包括投入的资金、人员、时间等。利用周期，指商业秘密从投入使用到被淘汰的周期。成熟程度，指商业秘密在实用性上所达到的程度。现实优势，指生产销售中的竞争优势，如生产技术的提高、生产成本的降低、销售市场的广阔及销售利润的增多等。二是以侵权人因侵权行为获得的利益作为损失和赔偿额。这种损失的计算以侵权人未再向第三人披露、转让和不为其他公众所知为前提。对于在处理商业秘密因被告行为而进入公有领域的赔偿中，有学者认为可借鉴无形资产评估中的收入法即预期收入法，对原告和被告实际上是公平的。原告的无形资产的确不复存在，其丧失了竞争优势和超额利润；被告破坏了他人的无形资产，应该如同破坏了他人的有形资产一样进行赔偿。如果采用这一理论，可责令被告向原告支付这样一段时间内的利润，即商业秘密因他人合法竞争自然要进入公有领域的时间之前的利润。[③] 笔者认为这种情况的民事赔偿额可以作为商业秘密权利人的损失额。

这里还应该提到的问题是，司法实践中在量刑部分一般都是通过商业秘密侵权人造成重大损失的数额来进行的，但是有时不同法院会出现不同的判断标准，存在畸轻畸重的现象，严重有损法律的公平性。

例 1，××侵犯商业秘密案中，法院是以被告人侵犯商业秘密而非法获利 257.8227 万元认定是给商业秘密权利人造成的重大损失，判处被告人××侵犯商业秘密罪，处有期徒刑 1 年零 6 个月，并处罚金人民币 5 万元。[④]

例 2，上海市第二中级人民法院以造成商业秘密权利人直接经济损失 100 余万元判处周××、陈××和陶××犯侵犯商业秘密罪，分别判处有期徒刑 1 年至

---

① 参见李群英：《由一起侵犯商业秘密案引发的法律思考》，载《法学杂志》2002 年第 4 期。

② 参见周光权、郑大好：《侵犯商业秘密罪中的损失如何计算》，载《检察日报》2003 年 8 月 5 日。

③ 参见郑成思总主编：《知识产权价值评估中的法律问题》，法律出版社 1999 年 12 月版，第 125 页。

④ 参见最高人民法院刑一庭、刑二庭编：《刑事审判参考》，法律出版社 2001 年版，第 62—64 页。

1 年零 3 个月，并处罚金 3 千元至 5 千元不等。

例 3，北京首例侵犯商业秘密刑事案，于 2003 年 11 月 18 日在西城区公开宣判。西城区法院以造成商业秘密权利人受损 53 万元，判处孙×有期徒刑两年，并处罚金 5 万元。

例 4，河南省许昌县法院以造成商业秘密权利人经济损失 130 余万元，判处尚××有期徒刑 1 年，并处罚金 10 万元。[①]

在本案中，二审法院认为一审法院是以专有技术普通使用权的价值（443 万元）作为认定损失的参照依据不当，认为实际造成威特公司损失 141.235 08 万元。一、二审认定的损失的标准不一致，这已论述过。但是这里的问题是，虽然认定的损失额不同，但是二审法院却维持了一审对被告人的定罪与量刑部分，即判处被告人有期徒刑 3 年，并处罚金 3 万元。换言之，从上面的例子中也可以看出，不同法院在本罪的量刑问题上没有统一的认定标准。因此，从罪刑法定及罪责刑相适应原则出发，立法机关或司法机关应当对此作出明确的规定或者解释，以便实际操作。

七、结语

处在市场经济发展阶段的我国，人才的流动是不可抗拒的，商业秘密的流失与反流失的争斗会不可避免地升级，并且随着国际经济竞争的激烈，国家之间的经济间谍战也越来越激烈。我国正处于知识产权侵权案件的高发期，虽然侵犯知识产权被追究刑事责任的案件不多见，但是人们从日常生活中可以深切地感受到侵犯知识产权现象的严重性，所以对于侵犯商业秘密罪中的有关问题有必要作系统的梳理。本文当中提到的案例没有囊括侵犯商业秘密罪中的所有有争议的问题，其实这些争议问题，例如主观方面、共同犯罪问题等都有研究的必要，限于它们和本文案例联系程度及本文篇幅所限没有作探讨，但是文中提出的问题具有一定的代表性，也是理论及司法实务界迫切需要规范的问题。

行文至最后，笔者想从几个角度来提出自己对完善侵犯商业秘密罪的一点建议。

1. 在商业秘密的保护上，如何处理好国际化与本土化的关系。正如有的学者在有关知识产权刑事保护范围中所指出的那样，在犯罪圈的划定上，采取形式的强保护战略，尽可能扩大知识产权刑事保护的范围，实行严重侵权行为的犯罪化，以严密侵犯知识产权犯罪法网，实现知识产权刑事法律保护的国际化；在惩

---

① 参见 http：//szbo.myetang.com/xfzm/219.htm（分别来源于中国法院网、新华网、检察日报）。

罚力度上，鉴于我国知识产权刑事法律保护本土资源的严重贫乏，以及侵犯知识产权犯罪的智能性、贪利性和隐蔽性特征，实行弱保护战略，张扬刑罚谦抑和刑法经济观念，承认刑罚的最后手段性，走轻刑化和非刑罚化的道路。争取以最少的刑罚资源投入达到最大控制和预防侵犯知识产权犯罪的效果，实现知识产权刑事法律运行的效益最大化。[①] 笔者认为这同样适用于有关商业秘密的保护。

2. 从商业秘密权利人的角度来看。目前我国各类企业和科研单位对技术成果和经营信息的自我保护意识仍然较差，无法面对加入 WTO 后实现全球经济一体化的要求。而虽然我国民法、反不正当竞争法、刑法对商业秘密规定了相关的保护措施，但是如果权利人没有“合理的保护措施”也只能自己负担损失。所以对商业秘密的保护首先应该从企业自身开始，比如增强企业对商业秘密保护的主动性，对商业秘密设立全方位的保护体系等等。如何加大保护商业秘密的宣传力度，笔者认为应该是司法实务部门的课题之一。

3. 从立法的角度来看。对商业秘密采取什么样的法律保护，决定于一个国家或地区的社会历史发展及经济发展水平。国外如美国、加拿大，还有我国台湾地区都有专门的商业秘密保护法。而我国对商业秘密的保护散见于民法、反不正当竞争法、刑法之中，缺少一部系统的规制商业秘密的法律。因此，建立一部完整的商业秘密保护法也是大势所趋。这样对提高企业保护其商业秘密及遏制侵犯人会起到一定的作用。

4. 从司法实务的角度来看。笔者认为现在我国的侵犯商业秘密罪的发案率还不是很高，所以司法实务部门有能力对已经出现的侵犯商业秘密犯罪作一梳理，汇编相关案例，找出案件的异同，避免实际操作过程中定罪量刑认定标准的不统一问题。在条件成熟的时候，可作立法解释或者司法解释，以明确统一的认定标准。

（撰稿人　姜伟华*）

---

① 参见赵秉志主编：《刑事法治发展研究报告》（2003 年卷），中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 801 页。

* 旅居澳大利亚，法学硕士。

附录一：

浙江省玉环县人民法院刑事判决书

（2002）玉刑初字第254号

公诉机关：浙江省玉环县人民检察院

被告人郑杨斌，男，1974年9月24日出生。汉族，浙江省温岭市人，清华大学在读硕士研究生，户籍地北京市海淀区清华园1号工程物理系，现暂住浙江省宁波市锦苑小区。2001年12月7日因涉嫌犯侵犯商业秘密罪被玉环县公安局刑事拘留，同月29日因涉嫌犯职务侵占罪被依法逮捕。现押于玉环县看守所。

辩护人车行义，北京晟信律师事务所律师。

辩护人朱家宇，浙江三港律师事务所律师。

玉环县人民检察院以玉检刑诉［2002］201号起诉书指控被告人郑杨斌犯侵犯商业秘密罪、职务侵占罪，于2002年7月2日向本院提起公诉。本院于同日立案后，依法组成合议庭，经本案的被害单位浙江威特银行设备有限公司申请，认为本案确属涉及商业秘密，故不公开开庭审理了本案。玉环县人民检察院指派检察员卓雪敏、代理检察员龚冬娟出庭支持公诉，被害单位浙江威特银行设备有限公司的诉讼代理人黄宝鹤、被告人郑杨斌及其辩护人车行义、朱家宇、鉴定人戴敬辉到庭参加诉讼。案经浙江省高级人民法院批准延长审限一个月；审理过程中，公诉机关要求补充侦查，本院决定延期审理一个月。现已审理终结。

玉环县人民检察院指控，2000年7月至11月间，被告人郑杨斌受聘于被害单位台州威特银行设备有限公司（下简称威特公司）从事点钞机部件软件编程和芯片烧写工作，期间，被告人知悉威特公司新开发的ST2000型点钞机市场潜力大，有利可图，遂萌发自己生产点钞机销给天津开发区中银信息工程有限公司（下简称中银公司）之意。2001年11月17日夜，被告人郑杨斌窃取了威特公司的ST2000型点钞机样机一台，送至宁波中策电子有限公司（下简称中策公司）进行技术测绘。随后，凭着测绘出来的技术图纸和其在威特公司工作期间与中银公司建立的关系，并通过后者获得威特公司生产的50套点钞机零部件，在温岭天源公司进行非法试生产，后因被公安机关查封而未果。

尔后，被告人郑杨斌将生产点钞机的有关信息透露给中策公司，同时以中策公司将承接到点钞机部件业务中的 1/4 量分给其装配加工、生产的软件芯片由其烧写提供为由，帮助中策公司掌握了相关的技术，并促成中银公司与中策公司签订了一份点钞机购销合同。截止 2002 年 4 月止，中策公司生产点钞机 6 000 余台销售给中银公司。同时，被告人以其父亲等人的名义注册一公司，承接上述点钞机部件装配业务，至 2000 年 12 月该公司已装配 2 000 台。另经估价，认定上述被告人窃取和使用的威特公司的 ST2000 型点钞机部件生产技术这一商业秘密的价值为人民币 443 万元。公诉机关认为威特公司的 ST2000 型点钞机部件中与“黑匣子”配套的特定的电子电路、机械结构、软件以及特定的组合方法等技术信息均属商业秘密，被告人的行为已侵犯了上述商业秘密，且造成特别严重后果，其行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第 219 条的规定，构成侵犯商业秘密罪。为佐证上述指控，公诉人当庭采取多媒体示证方式，提供了被害单位威特公司法定代表人苏明儒的陈述，证人中银公司的修伟、支岳、郝华清、王玉莹、骆宏群，中策公司的王民伟、李亦农、徐学明、袁建华、黄君，广华公司的王维鉴、徐庆祝，威特公司的林子为、严卫星、刘华本、张凤森及洪波、洪美正、朱小丽、洪蕾、邵贝贝、吴云娥等人的证人证言、评估报告、鉴定结论、扣押物品清单及大量书证、点钞机等实物等证据。

另公诉机关还指控，被告人郑杨斌于 2000 年 10 月 12 日，受威特公司委托向北京京庆成电子有限公司（以下简称京庆成公司）、北京廊坊艾睿电子有限公司（以下简称艾睿公司）采购 MCH86 芯片时，故意隐瞒真相，抬高价格，将 15 元/片的实际价格抬高到 32.5 元/片，签订了两份数量均为 1 万片的购销合同。并明确表示多出的款项为其所有。后威特公司实际履行各 5 000 片，共支付货款 32.5 万元。被告人郑杨斌从中提取了 2 万元现金和价值人民币 7 753.20 元的芯片。案发后，另两份各为 5 000 片的芯片合同终止履行，致另外的差价17.5 万元被告人郑杨斌侵占未成功。认为被告人的行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第 271 条的规定，构成职务侵占罪，其中 17.5 万元系既遂，另 17.5 万元系未遂。为佐证上述指控，公诉人当庭以多媒体示证方式提供了被害单位威特公司法定代表人苏明儒的陈述，上面已提及的部分证人证言，证人艾睿公司的齐耀威、京庆成公司的王文庆的证言、购销合同、电汇凭证等书证等证据。

被告人郑杨斌辩解：（1）自己非威特公司的职工，没有与威特公司形成劳动关系，与威特公司系平等的合作主体关系；公诉人提供的证明自己系威特公司职工的证人证言相互间存在矛盾，相关书证也有伪造的痕迹。（2）ST2000 型点钞机部件生产技术组成中电子电路和软件部分属自己开发和掌握，“黑匣子”技术

和其配套的机械部件产权归属中银公司，威特公司对此无产权可言。（3）评估报告评估的对象含糊不清。（4）中银公司需采购点钞机部件系公知的经营信息，不属商业秘密。（5）自己不具有侵占威特公司资金的目的，在空白芯片上加价是当今社会技术合作开发中技术提供方获取技术使用费的一种通常的做法，最多只能属无效民事行为。综上，认为自己的行为不构成侵犯商业秘密罪和职务侵占罪。

两辩护人认为公诉机关指控被告人郑杨斌的行为构成侵犯商业秘密罪和职务侵占罪的证据不足，事实不清，法律依据缺乏，要求判决被告人郑杨斌无罪。具体理由如下：

1. 就侵犯商业秘密罪：（1）有关生产点钞机部件的信息已为公众所知悉，被告人郑杨斌为中银公司寻找“第二家供应商”符合法律规定，指控被告人郑杨斌侵犯威特公司经营信息商业秘密不能成立。（2）ST2000 型点钞机部件中只有带凹槽的侧板可能是技术信息商业秘密，但该信息也因威特公司申请“点钞机高精度检测装置”实用新型专利而予以公开；其他部分要么系公知技术，要么由被告人开发和掌握；确认 ST2000 型点钞机部件中某一项技术系威特公司所有缺乏证据。故指控被告人郑杨斌侵犯威特公司 ST2000 型点钞机部件的生产技术信息这一商业秘密也不能成立。（3）起诉指控被告人郑杨斌带走点钞机样机为“窃取”，及送往中策公司进行技术测绘就是从威特公司带走的那台点钞机证据不足。（4）被害单位威特公司未就其所述的商业秘密采取达到合理程度的保密措施。（5）起诉指控造成“特别严重后果”依据不足；评估报告依据的前提，即 ST2000 型点钞机部件整体系统是商业秘密不能成立，另商业秘密的价值与侵犯商业秘密所造成的损失是两个不同的概念。为佐证上述辩护意见，辩护人当庭提供了证人证言、书证等十四份证据。

2. 就职务侵占罪：（1）认定被告人郑杨斌系威特公司的职工依据不足。（2）被告人郑杨斌在空白芯片上加价的行为系委托代理人滥用代理权限的行为，是自己代理的行为，属于民事欺诈行为。（3）被告人的行为既不构成职务侵占罪，也不构成诈骗罪。

经审理查明，威特公司是一家主要从事金融设备的研发、销售的生产企业（2001 年 2 月已变更为浙江威特银行设备有限公司）。2000 年该公司在中银公司的协助下，在自己生产的旧型点钞机基础上开发出了专门与“黑匣子”配套的 ST2000 型点钞机部件（机架）产品。该产品是针对第五套人民币的真伪识别功能而设计制造的，其核心技术分为机械结构、电路系统、控制软件三部分，在技术、功能、整体结构上具有独特性、新颖性。其中机械结构方面，进钞台调节控制结构、与激光防伪装置配套的侧板结构、红外发射支架结构具有独特性、新颖

性；电路系统方面，荧光识别、磁性识别及激光检测有其独特性、新颖性；软件则是针对第五套人民币而编制的。威特公司也为该产品的生产技术采取了一定的保密措施。2000 年初，该公司与中银公司签订了 4 万套上述产品的购销合同，后因故改为与天津环球磁卡公司（系中银公司的控股企业之一）签订了数量为 3 万套的购销合同。

以上事实，有公诉机关提供的并经当庭质证的下列证据证实：(1) 企业法人营业执照副本证实被害单位的成立、变更、经营范围及法定代表人的情况。(2) 被害单位法定代表人苏明德的陈述与证人刘华本的证言、中银公司郝华清、骆宏群、王玉莹的证言印证证实威特公司在中银公司的协助下研发了与“黑匣子”配套的 ST2000 型点钞机部件以及该产品的组成、功能情况；中银公司的证明证实 ST2000 型点钞机部件产品的生产技术产权与中银公司无关。(3) 浙江省科技厅（2000）浙科函 5 号技术鉴定结论证实 ST2000 型点钞机部件产品在技术、功能、整体结构及具体某些组成上有独特性、新颖性。(4) 苏明儒陈述自己公司为 ST2000 型点钞机部件生产技术采取了一定的保密措施，证人严卫星、刘华本的证言、会议纪要、现场照片、购销合同中的保密条款等证据能与之相印证。(5) 购销合同证实威特公司先与中银公司，后与天津环球磁卡公司就上述部件产品签订合同的情况。上述证据与被告人的相应供述能够相印证，本院予以认定。

被告人郑杨斌于 2000 年 7 月受威特公司法定代表人苏明儒的邀请，来到威特公司参与 ST2000 型点钞机部件开发中的软件编程工作，并为威特公司提供芯片烧写，但双方没有签订书面合同。期间，被告人郑杨斌差旅费均在威特公司报销，手机费也报销过一次；2000 年 10 月 10 日，被告人还以“开发补贴费”的名义从威特公司领取人民币 1 万元。2000 年 11 月 23 日，威特公司与被告人郑杨斌就软件编程、芯片烧写及报酬等事项签订了一份书面协议。随后，被告人郑杨斌在为威特公司烧写了部分芯片后离开了威特公司。该节事实，有公诉机关提供的并经当庭质证的下列证据证实：(1) 苏明儒陈述被告人郑杨斌 2000 年 7 月受其公司聘请到其公司进行软件编程和芯片烧写，被告人有领取过 1 万元；期间，被告人的差旅费均其公司报销，手机费也报销过一次；威特公司的报销凭证、领款凭据、手机费凭证与之能够印证；另苏明儒陈述自己以公司名义与被告人郑杨斌于 2000 年 11 月 23 日签订过一协议，事后，被告人为公司烧写了部分芯片，随即离开了公司。(2) 威特公司与被告人郑杨斌于 2000 年 11 月 23 日所签订的协议书证实二者就相关内容进行约定情况。(3) 被告人郑杨斌对该节基本事实没有异议。上述证据相互间能够印证，本院予以认定。

2000 年 10 月份，身在北京的被告人郑杨斌受苏明儒的要求，帮助联系采购

MCH86 芯片事宜，后被告人以威特公司代表的身份找到京庆成公司、艾睿公司两个厂家，并在其导师的帮助下，将芯片价格谈妥降到 15 元/片，但被告人却故意要求两家公司在签订合同时，将芯片单价从 15 元/片抬高至 32.5 元/片，并明确表示多出的款项归其所有。后由被告人居中传递合同书，威特公司与上述两家公司最终签订了两份数量均为 1 万片、单价均为 32.5 元/片的购销合同。合同订立后，京庆成公司、艾睿公司分别向威特公司发货 5 000 片芯片，威特公司按合同约定的价格向该两家公司共支付了货款 32.5 万元（其中 17.5 万元系多付的款项）。尔后，被告人郑杨斌分别于 2000 年 11 月 9 日、12 月 5 日从京庆成公司提取了 546 片芯片（价值人民币 7 753.2 元）和现金人民币 2 万元。案发后，因威特公司及时发现而终止履行上述两份合同，致使被告人郑杨斌欲侵占的另外 10 000 片芯片差价人民币 17.5 万元无法得逞。

以上事实，有公诉机关提供的并经当庭质证的下列证据证实：(1) 苏明儒陈述自己委托被告人郑杨斌去采购 MCH86 芯片，被告人郑杨斌原与艾睿公司签订了 3 万片的合同，自己不同意，叫其重新寻找两个以上的厂家，后被告人郑杨斌联系到京庆成公司与艾睿公司，最终由被告人与上述两家公司谈妥价格，威特公司与上述两家公司签订了数量各为 1 万片，单价均 32.5 元每片的购销合同。被告人 2000 年 11 月 17 日拿走样机外出后，之后向北京两家公司了解才知道被告人故意抬高单价，侵占公司资金。(2) 两份工矿产品购销合同证实威特公司与京庆成公司、艾睿公司签订采购芯片的数量、单价等情况。(3) 证人京庆成公司的王文庆、艾睿公司的齐耀威的证言均证实被告人郑杨斌当时代表威特公司与两家公司商谈采购芯片事宜，后叫两家公司在合同中将实际为 15 元每片的单价提高到 32.5 元，最终两家公司与威特公司均签订了数量为 1 万片，单价为 32.5 元每片的芯片购销合同，王文庆的证言还证实被告人当时称多出的款项系其应得的技术开发费，5 000 片芯片合同履行后，被告人从中提取 2 万元现金及价值为 7 753.2 元的 546 片芯片，合同履行后，被告人从中提取 2 万元现金及价值为 7 753.2 元芯片的事实能够印证。(4) 证人邵贝贝的证言证实自己有帮助被告人郑杨斌在采购芯片时降低了芯片的单价。(5) 记账凭证、进账单、资金汇划补充凭证、汇票、税务发票等书证证实威特公司汇付货款情况。(6) 被告人对该节犯罪事实供认不讳，并明确供述自己有叫两家公司在合同上故意抬高单价，多余的款项自己想以技术开发费的名义予以占有。上述证据相互间能够印证，本院予以认定。

2000 年 11 月 17 日夜，被告人郑杨斌以其外公病危为由，借机从威特公司实验室里擅自带走了新研发的 ST2000 型点钞机部件样机一台，后送至中策公司

进行技术测绘。接着，被告人郑杨斌凭借其在威特公司工作期间与中银公司建立起来的关系，促成了中银公司、中策公司、温岭天源机电工程公司达成了生产ST2000型点钞机部件的合作意向，并利用在中策公司测绘出来的技术图纸和从中银公司获得的威特公司生产的50余套点钞机零部件，在温岭天源机电工程公司非法试生产上述部件产品，后因被玉环县公安局查封未果。

尔后，被告人郑杨斌又将中银公司需要大量点钞机部件等相关信息透露给中策公司，同时以中策公司将从中银公司所承接到的点钞机部件业务量的四分之一分给其装配加工、生产所需软件芯片由其烧写提供为条件，利用测绘出来的技术图纸、从中银公司获得的相关资料及自己所掌握的技术信息，帮助中策公司掌握了生产点钞机部件的技术，并促成中银公司与中策公司于2001年7月签订了一份点钞机部件产品购销合同。截至2002年4月，中策公司生产点钞机部件6 000余台销售给中银公司，价值人民币992.41万元，已收货款615.53万元。2001年8月，被告人郑杨斌以其父亲等人的名义在宁波注册成立了宁波广华电子有限公司，承接中策公司分给的点钞机部件装配业务。至同年12月，宁波广华电子有限公司为中策公司共装配点钞机部件2 000余台，得加工费约40余万元。

案发后，公安机关委托上海科华资产评估有限公司对"被告人郑杨斌窃取和使用威特公司所有的商业秘密价值"进行评估，该公司经评估后确认威特公司所有的ST2000型产品部件的专有技术普通使用权价值为人民币443万元。

以上事实，有公诉机关提供的并经当庭质证的下列证据证实：（1）证人林子为、严卫星、刘华本、洪波的证言、苏明儒的陈述证实2000年11月17日深夜，被告人郑杨斌外出，借机带走威特公司实验室内的ST2000型点钞机部件样机；证人洪波及辩方提供的证人顾世满、顾世东的证言印证证实当时被告人郑杨斌外公病危。（2）证人中策公司的王民伟、李亦农的证言证实被告人郑杨斌于2000年11月底送来一台点钞机机架到中策公司进行技术测绘；对此，被告人在侦查阶段也两次交代系自己将11月17日晚从威特公司所拿的点钞机部件样机送到中策公司进行技术测绘的。（3）证人洪波、洪美正、支岳、洪途的证言、苏明儒的陈述及合作意向书、扣押物品清单、搜查笔录、图纸资料、点钞机部件实物、照片、发货清单等证据证实被告人郑杨斌促成中银公司、中策公司、温岭天源机电工程公司达成了生产ST2000型点钞机部件的合作意向，并利用相关资料和ST200型点钞机零部件在天源公司非法试生产上述部件上产品，后因被公安机关查封未果。（4）证人中银公司的修伟、支岳、中策公司的王民伟、徐学明、袁建华、李亦农、王维鉴、徐庆祝的证言证实系被告人郑杨斌将中银公司需求点钞机部件的技术，促成中银公司与中策公司签订了购销合同；该生产点钞机部件的技

术来源有技术测绘出来的图纸、中银公司给被告人的相关图纸资料及被告人自己掌握相关的技术/信息；证人王民伟的证言还证实当时被告人郑杨斌在帮助中策公司掌握生产技术、撮合签订购销合同时，要求中策公司将中银公司承接到的点钞机部件业务量1/4交其装配、加工，生产所需芯片由其烧写提供。（5）扣押物品清单、检查笔录及点钞机部件等相关实物、照片、证人洪波、洪蕾、朱小丽的证言证实公安机关在中策公司、宁波广华公司的扣押情况及洪蕾驾车送ST2000型点钞机部件产品在威特公司被扣押的情况。（6）浙江省科技厅的对比鉴定结论证实从中策公司扣押的点钞机部件产品与威特公司生产的ST2000型点钞机部件产品生产技术性能基本一致。（7）中策公司的证明、证人修伟、王民伟、徐学明、李亦农等人的证言证实中策公司生产点钞机部件产品数量和销售价值、付款及广华公司加工装配点钞机部件产品的数量、得费情况。（8）宁波广华公司设立登记申请书证实广华公司申请注册情况。（9）上海市科华资产评估有限公司评估报告结论证实ST2000型产品部件的专有技术普通使用权的价值情况。上述证据与被告人相应供述能够相印证，本院予以认定。被告人郑杨斌辩解自己2000年11月17日深夜带走点钞机样机目的是为调试使用，非自己送点钞机到中策公司进行技术测绘的意见，及辩护人关于送中策公司进行技术测绘的点钞机部件样机，非2000年11月17日被告人从威特公司所拿走那台的意见，与查明的事实不符，本院不予采信。浙江省科技厅技术鉴定结论明确了ST2000型点钞机部件（机架）产品在技术、功能、整体结构及具体组成部分上有独特性、新颖性，被告人郑杨斌的《智能点钞机》论文并未涉及ST2000型点钞机产品的生产工艺技术，辩护人关于该产品所有生产技术要么系公知，要么系被告人自己掌握的意见，与事实不符，本院不予采纳。

本案尚有被告人郑杨斌的身份证明及归案证明证实被告人的身份情况和归案情况。

本院认为，被告人郑杨斌受邀到威特公司参与点钞机部件软件编程和芯片烧写工作并无与威特公司签订书面劳动合同，也缺乏证据证实二者就劳动权利义务进行过口头约定；公诉方提供的大量证人证言证实了被告人在威特公司相关职务、称谓情况，但证据间相互矛盾，并缺乏其他证据予以印证，不能予以认定，且称谓如何并不能当然确定劳动关系的存在与否；相反本案被告人以开发补贴名义从威特公司领取人民币1万元及其与威特公司于2000年11月23日就软件编程、芯片烧写、报酬等内容签订书面协议的事实正反映了二者间的平等合作关系；另公诉方缺乏管理、支配与被支配关系这一劳动关系的本质特征，结合被告人郑杨斌还系清华大学在读研究生的事实，认定本案被告人与威特公司间形成事

实劳动关系的证据不足。《中华人民共和国刑法》第 271 条第 1 款规定，职务侵占罪是指公司、企业或其他单位的人员，利用职务上便利，将本单位的财物非法占为己有，数额较大的行为。如上分析认定，因被告人非威特公司的职工，故起诉指控被告人构成职务侵占罪的主体资格不具备，该罪名不能成立。辩护人员于被告人的行为不构成职务侵占罪的意见合法有据，本院予以采纳。但被告人在接受威特公司委托去采购芯片期间，采取故意在芯片单价上加价，隐瞒事实真相的方法，骗取威特公司数额特别巨大的资金，其行为已完全符合诈骗罪的犯罪构成特征，应当以诈骗罪追究其刑事责任。被告人辩解自己在芯片单价上加价系要提取技术开发费，但经查，被告人在采购芯片前并未与威特公司就技术开发费或使用费等相关费用进行过协商，在芯片单价上加价后也未告知威特公司自己从中提取技术开发费；其与威特公司于 2000 年 11 月 23 日所签订的协议书还另行就软件编程、芯片烧写等费用作了明确约定，故其辩解意见缺乏事实依据，本院不予采信。辩护人认为被告人行为系自己代理行为，属民事欺诈行为，缺乏事实和法律依据，不予采纳。在骗取的资金中，17.5 万元已脱离了威特公司的控制，完全能够受被告人的支配，应认定为犯罪既遂；另 17.5 万元由于威特公司及时发现而终止履行合同，致使被告人无法得逞，系被告人郑杨斌意志外的原因，属犯罪未遂，结合本案被告人已实际提取的资金数额较小等实际情况，可对被告人予以减轻处罚。对起诉指控的侵犯商业秘密一节，本院认为，所谓商业秘密，《中华人民共和国刑法》第 219 条第 3 款明确规定，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息，其需具备秘密性、新颖性、有价性、实用性、保密性、信息性、合法性等特征。本案 ST2000 型点钞机部件产品系威特公司在中银公司协助下研发成功的，在中银公司明确表示放弃对该技术产权拥有的前提下，认定该产品生产技术作为一整体归属威特公司拥有，符合相关法律规定；浙江省科技厅的技术鉴定结论明确指出了该产品在技术、功能、整体结构及具体组织部门上具有独特性、新颖性；威特公司也为该产品生产技术采取了一定的保密措施。该产品生产技术系一种技术信息，威特公司也就该产品与他人签订了购销合同，故该产品生产技术也具备了商业秘密的有价性、实用性、信息性等特征。所以可以认定上述鉴定结论中提及的 ST2000 型点钞机部件产品的相关生产技术信息系商业秘密。另威特公司与中银公司就部件产品签订合同、该产品的价格、利润空间及中银公司需求大量该产品的信息也具备秘密性等商业秘密的特征，辩护人认为上述信息为公知的，被告人介绍联系中策公司系中银公司要求被告人帮忙的意见缺乏依据，本院不予采纳。被告人郑杨斌未经权利人威特公司同意，擅自拿走样机送去技术测绘，并自

己使用、允许他人使用测绘出来的图纸资料，在明知威特公司与中银公司签有保密条款的情况下，从中银公司获取了生产 ST2000 型点钞机部件的产品相关图纸资料，后予以披露等一系列行为都符合刑法关于侵犯商业秘密罪的客观方面特征。在缺乏证据证实中策公司和被告人郑杨斌非法生产、加工装配 ST2000 型点钞机产品获取的利润额的情况下，将该产品的专有技术普通使用权的价值作为权利人威特公司因被告人郑杨斌侵犯其商业秘密遭受的损失的参照依据，符合相关的法律规定。综上，被告人郑杨斌采取盗窃样机送交技术测绘的手段获取威特公司的 ST2000 型点钞机部件产品的技术信息商业秘密，并披露、使用、允许他人使用以上述手段获取的技术，在明知中银公司与威特公司就相关技术信息订有保密条款和自己对威特公司相关技术信息、经营信息商业秘密负有保密义务的前提下，获取相关的技术信息商业秘密并将之与相关经营信息予以披露、允许他人使用，导致他人生产和销售与威特公司同一的产品，给权利人威特公司造成特别严重的后果，其行为已构成侵犯商业秘密罪，公诉机关指控的该罪名成立。辩护人关于被告人的行为不构成侵犯商业秘密罪的意见，本院不予采纳。被告人郑杨斌的行为构成了两罪，应依法进行数罪并罚。为了维护社会主义市场经济秩序，保护企业法人的知识产权和财产权利不受侵犯，打击犯罪，依照《中华人民共和国刑法》第 219 条、第 266 条、第 69 条的规定，判决如下：

被告人郑杨斌犯诈骗罪，判处有期徒刑 7 年，并处罚金人民币 3 万元；犯侵犯商业秘密罪，判处有期徒刑 3 年，并处罚金人民币 3 万元，决定执行有期徒刑 9 年，并处罚金人民币 6 万元（刑期从判决执行之日起计算判决执行以前先行羁押的对，羁押 1 日折抵刑期 1 日。即自 2001 年 12 月 7 日起至 2010 年 12 月 6 日止。罚金限于判决生效后 1 个月内缴纳）。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或者直接向浙江省台州市中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应提交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：俞燕斐

代理审判员：程小国

代理审判员：庄慧杰

2002 年 10 月 14 日

代理书记员：陈洪

附录二：

浙江省台州市中级人民法院刑事判决书

（2002）台刑二终字第 113 号

公诉机关：浙江省玉环县人民检察院

上诉人（原审被告人）郑杨斌，男，1974 年 9 月 24 日出生，汉族，浙江省温岭市人，清华大学在读硕士研究生，户籍地北京市海淀区清华园 1 号工程物理系，暂住浙江省宁波市锦苑小区。因本案于 2001 年 12 月 7 日被刑事拘留，同月 29 日被逮捕，2003 年 11 月 24 日转取保候审，2004 年 1 月 30 日被逮捕。现押浙江省台州市椒江区看守所。

辩护人周光权，北京市冠横律师事务所律师。

辩护人邱方华，浙江天册律师事务所律师。

玉环县人民法院审理玉环县人民检察院提起公诉的被告人郑杨斌诈骗、侵犯商业秘密一案，于 2002 年 10 月 14 日作出一审判决，被告人郑杨斌不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，分别于 2002 年 12 月 4 日、2003 年 10 月 15 日、2004 年 2 月 4 日开庭审理了本案，因本案涉及商业秘密，经被害单位浙江威特银行设备有限公司申请，进行了不公开开庭审理。台州市人民检察院检察员郑永省、屠洪伟出庭履行职务，被害单位浙江威特银行设备有限公司诉讼代理人黄宝鹤、原审被告人郑杨斌及其辩护人周光权、邱方华到庭参加诉讼。现已审理终结。

原判认定，台州威特银行设备有限公司（2001 年 2 月更名为浙江银行设备有限公司，下称威特公司）是一家主要从事金融设备的研发、销售的企业。2000 年该公司在天津开发区中银信息工程有限公司（下称中银公司）的协助下，在自己生产的旧型点钞机的基础上开发出了具备针对第五套人民币真伪识别功能的 ST2000 型点钞机部件（机架）产品，同期与天津环球磁卡公司（系中银公司的控股企业）签订了 30 000 套的购销合同。期间威特公司对该产品的生产技术采取了保密措施。2000 年 7 月，被告人郑杨斌受威特公司法定代表人苏明儒的邀请参与 ST2000 型点钞机部件开发中的软件编程及芯片烧写。期间郑杨斌见生产

点钞机市场潜力大，经济效益高，遂盟生自己生产点钞机销售给中银公司牟利的想法。同年11月17日，郑杨斌从威特公司实验室擅自带走新研发的ST2000型点钞机部件样机一台送至宁波中策电子有限公司（下称中策公司）进行技术测绘。尔后凭借其在威特公司期间与中银公司建立起来的关系，促成中银公司、中策公司、温岭天源机电工程公司（下称天源公司）达成生产ST2000型点钞机部件的合作意向，并利用中策公司测绘出来的技术图纸和从中银公司获得的50余套点钞机零部件，在天源公司进行试生产，因被玉环县公安局查封未果。后郑杨斌利用测绘出来的技术图纸、从中银公司获得的相关资料及自己所掌握的技术信息，帮助中策公司掌握了生产点钞利工部件的技术，又将中银公司需要大量点钞机部件等信息透露给中策公司，并促成中银公司与中策公司于2001年7月签订了一份点钞机部件产品的购销合同。至2002年4月，中策公司生产点钞机部件6 000余台销售给中银公司，价值人民币992.41万元，已收货款615.53万元。2001年8月，郑杨斌以其父系等人的名义在宁波注册成立了宁波广华电子有限公司（下称广华公司），承接中策公司分给的点钞机部件装配业务。至同年12月，广华公司为中策公司共装配点钞机部件2 000余台，得加工费40余万元。经浙江省科技厅鉴定，ST2000型点钞机部件的核心技术机械结构、电路系统、控制软件三部分，在技术、功能、整体结构上具有独特性、新颖性，其中机械结构方面，进钞台调节控制结构、与激光防伪装置配套的侧板结构、红外发射支架结构具有独特性、新颖性；电路系统方面，荧光识别、磁性识别及激光检测有独特性、新颖性；软件是针对第五套人民币而编制。经上海科华资产评估有限公司估价，ST2000型点钞机部件的专有技术普通使用权价值为人民币443万元。

原判认定上述事实的主要证据有：被害单位法定代表人苏明儒的证言，证实ST2000型点钞机部件产品由威特公司开发、研制，后被郑杨斌窃取样机的经过；中银公司总经理修伟的证言，证实ST2000型点钞机部件产权归威特公司、中银公司与中策公司签订购销点钞机合同及中策公司生产、交货、付款情况；中银公司原总经理支岳的证言，证实曾向郑杨斌提供部分技术资料的事实；中银公司出具的书面说明，证实ST2000型点钞机部件生产技术产权不属中银公司；中银公司技术人员郝华清、骆群宏、王玉莹的证言，证实威特公司在中银公司协助下研制点钞机的情况；中策公司副总经理王民伟、技术人员李亦农的证言，证实郑杨斌拿来样机到中策公司测试，中策公司的点钞机业务是郑杨斌联系，中策公司生产点钞机部件技术来源于郑杨斌所提供样机测绘的技术图纸和中银公司提供给郑杨斌的部分技术资料；威特公司技术人员严卫星、刘华本的证言、威特公司会议纪要、现场照片、天津环球磁卡公司与威特公司签订的ZY2000-001号购销合同

中的保密条款，证实威特公司对相关信息采取了在会议上布置、在生产、研制场所标写禁语、张贴保密制度及在合同中规定保密条款等保密措施；浙江省科技厅鉴定结论，证实 ST2000 型点钞机部件产品存在具有独特性、新颖性的部分；上海科华资产评估有限公司估价报告，证实 ST2000 型点钞机专有技术普通使用权价值人民币 443 万元；浙江科技厅对比鉴定结论，证实中策公司生产的点钞机与威特公司的 ST2000 型点钞机部件产品生产技术性能基本一致；中策公司于 2002 年 4 月 16 日出具的证明，证实中策公司生产点钞机的数量、销售价格、付款情况及广华公司加工装配点钞机部件产品的数量、得款情况；被告人郑杨斌的供述。

原判还认定，2000 年 10 月，被告人郑杨斌帮助威特公司联系采购 MCH86 芯片，郑杨斌以威特公司代表的身份联系到北京京庆成电子有限公司（下称京庆成公司）、北京廊坊艾睿电子有限公司（下称艾睿公司），谈妥芯片价格 15 元/片，郑杨斌要求两家公司在签订合同时将芯片单价抬至 32.5 元/片，并明确表示多出的款项归其所有，后威特公司与这两家公司签订了两份数量均为 1 万片、单价均为 32.5 元/片的购销合同。京庆成公司、艾睿公司分别向威特公司发货5 000 片芯片，威特公司共支付货款 32.5 万元（其中 17.5 万元系多付的款项）。郑杨斌则从京庆成公司提取了 546 片芯片（价值人民币 7 753.2 元）、现金人民币 2 万元。另两份各 5 000 片的芯片合同因案发而终止履行。

原判认定上述事实的证据有：证人苏明儒的证言，证实郑杨斌受其委托采购芯片，暗中抬高价格，骗取威特公司多付的货款的事实；京庆成公司经理王文庆、艾睿公司技术人员齐耀威的证言，证实应郑杨斌的要求，合同书上的芯片价格高于实际销售价格以及郑杨斌已向京庆成公司提取部分财物的事实；两份工矿产品购销合同，证实威特公司向京庆成公司、艾睿公司采购芯片的数量、单价等情况；记账凭证、进账单、资金汇划补充凭证、汇票、税务发票，证实威特公司汇付货款的情况；被告人郑杨斌的供述。

原判认为，被告人郑杨斌来取盗窃样机送交技术测绘的手段获取威特公司的 ST2000 型点钞机部件产品的技术信息商业秘密，在明知中银公司与威特公司就相关技术信息订有保密条款和自己对威特公司相关技术信息、经营信息负有保密义务的前提下，披露、使用、允许他人使用过技术信息，并将相关的经营信息予以披露、允许他人使用，导致他人生产和销售与威特公司同一的产品，给权利人威特公司造成特别严重后果，其行为已构成侵犯商业秘密罪。被告人郑杨斌在接受威特公司委托采购芯片期间，采取故意在芯片单价上加价，隐瞒事实真相的方法，骗取威特公司数额特别巨大的资金，其行为已构成诈骗罪，其中犯罪既遂

17.5万元，未遂17.5万元。遂以诈骗罪判处被告人郑杨斌有期徒刑七年，并处罚金人民币3万元；以侵犯商业秘密罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币3万元，决定执行有期徒刑九年，并处罚金人民币6万元。

被告人郑杨斌上诉认为，其行为不构成诈骗罪、侵犯商业秘密罪，理由是：

1. 侵犯商业秘密罪部分。（1）原判认定为商业秘密的技术信息因在出版物上公开发表或已公开使用而为公众所知悉；原判认定的威特公司采取了保密措施，因威特公司没有明确告知他负有保密义务，亦未与其签订书面保密协议，制订的保密制度没有明确的保密内容和奖惩办法，未达到认定为商业秘密所要求的合理程度；原判仅依据几个证人证言及中银公司的声明就认定ST2000型点钞机部件产品的权利人是威特公司证据不足。因此ST2000型点钞机部件产品的有关技术信息不是威特公司的商业秘密。（2）2000年11月17日晚其从威特公司带走一台点钞机部件样机是实，但中策公司生产点钞机的技术图纸是否是对这台点钞机部件样机进行测绘取得证据不足，现有证据不能证实其实施了侵犯商业秘密的行为。（3）原判以上海科华资产评估有限公司的评估报告书认定商业秘密的价值，该评估报告程序违法，涉及的内容也违反有关法律规定，不能作为定案的证据使用。因此从涉案技术信息的特征、权属以及其客观行为、客观结果，均不构成侵犯商业秘密罪。

2. 诈骗罪部分，其所购买芯片的加价部分，一是芯片的实际价格15元/片，是其多方争取的最低价格，包含其智力和劳务成本，二是其为威特公司从事点钞机软件编程和芯片烧写，威特公司应支付报酬，是其应得的劳务费、技术开发费，因其与威特公司是平等合作关系，实际获取的利益是否公平合理属民事法律调整的范围；其没有实施虚构事实、隐瞒真相的行为，主观上不具有非法占有的故意，不构成诈骗罪。

在2002年12月4日进行的第一次二审庭审中，辩护人申请对ST2000型点钞机部件的有关技术信息是否存在非公知技术进行重新鉴定，本院遂于同月6日委托中国科技法学会华科知识产权司法鉴定中心进行重新鉴定。2003年9月30日华科知识产权司法鉴定中心出具鉴定结论，认为：ST2000型点钞机与激光防伪装置配套的，控制该装置位置的左右侧板结构在2000年17日之前一是威特公司的自有技术，是点钞机行业的非公知技术。在2003年10月15日进行的第二次庭审中，对上述鉴定结论进行了质证，郑杨斌对该鉴定结论提出异议，认为控制激光防伪装置位置的左右侧板结构技术因威特公司申请专利而公开；台州市人民检察院出庭的检察员及辩护人对该证据没有异议，同时辩护人提出原判将技术信息自身的价值作为认定侵犯商业秘密造成重大损失的依据不当。2003年12月

25 日本院委托台州中大司法会计鉴定事务所就威特公司生产 ST2000 型点钞机部件产品能获取的手润情况进行审计，2004 年 1 月 6 日台州中天司法会计鉴定事务所出具鉴定结论如下：威特公司 2001 年度 ST2000 型点钞机不含税售价每台 1 623.93 元，单台成本 1 343.01 元，单台应承担的税费 46.44 元。在 2004 年 2 月 4 日进行的第三次二审庭审中对上述鉴定结论及天津环球磁卡公司与威特公司签订的 ZY-2000-001 号购销合同中有关威持公司每销售一台点钞机需付运输费 20 元的内容、中策公司于 2002 年 4 月 16 日出具的证明所证实的 2002 年 4 月前中策公司已销售给中银公司点钞机 6 585 台的内容等证据进行了质证，检察员及郑杨斌对该证据没有异议，辩护人认为，该鉴定结论所依据的账册及相关资料未经庭审质证，不能作为证据使用。

在二审庭审中，台州市人民检察院出庭的检察员认为，原判认定事实清楚，证据确实、充分，定罪和适用法律正确，量刑适当，应维持原审判决。第一辩护人周光权提出的辩护意见是：原判认定郑杨斌的行为构成侵犯商业秘密罪证据不足，对诈骗罪要求从轻判处。理由如下：

1. 侵犯商业秘密罪部分，原判认定为商业秘密的技术信息已被公开，或不具有价值性，而且归属不明，威特公司对相关的技术信息也未采取保密措施，这些技术信息不能认定为威特公司的商业秘密；原判认定中银公司生产点钞机的技术图纸是对郑杨斌所窃取的点钞机进行测绘取得证据也不足。

2. 原判认定的诈骗罪中，基于郑杨斌实际到手的财物价值仅 2 万余元，要求在原判的基础上再予从轻。第二辩护人邱方华同意第一辩护人对侵犯商业秘密罪的辩护意见，对诈骗罪支持郑杨斌的上诉意见，认为应该宣告无罪。

本院经审理认为，中国科技法学会华科知识产权司法鉴定中心就威特公司生产的 ST2000 型点钞机部件存在非公知技术情况所作的鉴定结论、台州中天司法会计鉴定事务所就威特公司生产 ST2000 型点钞机部件产品能获取的利润情况所作的鉴定结论、天津环球磁卡公司与威特公司签订的 ZY-2000-001 号购销合同中有关威特公司每销售一台点钞机需付运输费 20 元的内容、中策公司出具的证明所证实的 2002 年 4 月前中策公司已销售给中银公司点钞机 6 585 台的内容等证据经庭审质证，符合本案事实，应作为认定案件事实的依据。关于郑杨斌对华科知识产权司法鉴定中心的鉴定结论提出的异议，经审理认为，威特公司确在 2000 年 11 月 17 日之前就点钞机的检测装置申请专利，但控制该装置的左右侧板结构的信息经法定鉴定结构鉴定并未为公众知悉，因此郑杨斌提出的异议不能成立。第二辩护人对台州中天司法会计鉴定事务所的鉴定结论提出的异议；本院认为，由法定鉴定机构出具的鉴定结论系有效证据，其所依据的有关资料有无经过庭审

质证不影响鉴定结论的证明效力。根据台州中天司法会计鉴定事务所的鉴定结论及 ZY-2000-001 号购销合同中有关威特公司每销售一台点钞机需付运输费 20 元的事实，威特公司每生产一台点钞机能获取的纯利润应是不含税售价减去成本、税费、运输费所得的结论，为 214.48 元，因中策公司已销售点钞机 6 585台，威特公司因此失去了这些市场份额，损失的利润为 141.235 08 万元。二审查明的其余事实、证据与一审一致。

对郏杨斌及其辩护人对侵犯商业秘密罪有关事实提出的上诉理由及辩护意见，本院经审理认为：

1. ST2000 型点钞机部件是威特公司在中银公司协助下，在自己生产的旧型点钞机基础上研制的，中银公司已声明点钞机部件技术的产权不属其所有，因此该产权应归威特公司；经本院委托华科知识产权司法鉴定中心重新鉴定，ST2000 型点钞机部件存在非公知部分。威特公司会议纪要、规章制度、购销合同、现场照片等证据证实威特公司通过会议部署、制订保密制度、在合同中规定保密条款等方式对技术信息采取了相关的保密措施，这些保密措施是适当的、有效的，郏杨斌亦明知其对点钞机技术信息负有保密义务。因此 ST2000 型点钞机部件产品的权利人是威特公司，该产品存在非公知技术，已为权利人带来了经济利益，具有实用性、价值性，并且威特公司采取了合理的保密措施，该非公知技术是威特公司的商业秘密。郏杨斌及其辩护人提出的 ST2000 型点钞机部件产品产权不属威特公司及不存在商业秘密的意见不能成立。

2. 证人中策公司总经理王民伟、技术人员李亦农的证言证实中策公司生产点钞机的技术图纸来源，（1）对郏杨斌送来的点钞机测绘后所得。（2）中银公司提供的，因此中策公司利用了郏杨斌窃取的点钞机测绘的技术图纸生产点钞机的事实可以认定。郏杨斌及辩护人对上述事实提出的异议不能成立。

3. 因中策公司销售了 6 585 台点钞机而使威特公司损失 141.235 08 万元的利润，可以认定为郏杨斌侵犯商业秘密而给威特公司造成的经济损失，原判以专有技术普通使用权的价值作为认定损失的参照依据不当，对郏杨斌及辩护人提出的该点上诉及辩护理由予以采纳。

本案事实清楚，证据确实、充分。本院认为，上诉人郏杨斌窃取威特公司商业秘密提供给中策公司使用，造成威特公司经济损失 141.235 08 万元的特别严重后果，其行为已构成侵犯商业秘密罪。郏杨斌及其辩护人提出的不构成侵犯商业秘密罪的理由不能成立。上诉人郏杨斌在接受威特公司委托采购芯片的过程中，以提取技术开发费、劳务费为名，采取虚增芯片价格的方式将威特公司被骗多付的货款占为己有，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪。关于郏杨斌及其第

二辩护人提出的郑杨斌的行为不构成诈骗罪的意见，本院认为，郑杨斌在采购芯片前未与威特公司就劳务费、技术开发费等费用进行协商，在与供货方商定价格后；在威特公司不知情的情况下在合同上加价，事后亦未告知威特公司实情，其所得的威特公司多付的货款并非劳务费、技术开发费，而是诈骗所得，其行为符合诈骗罪的构成要件，郑杨斌及第二辩护关于不构成诈骗罪的理由不能成立。郑杨斌犯有两罪，应实行并罚。郑杨斌诈骗数额是 35 万元，其中 17.5 万元属犯罪未遂，依法可予以减轻处罚。鉴于诈骗犯罪中，郑杨斌实际到手的仅为 27 753.2 元，可在原判的基础上再予从轻处罚，对第一辩护人要求诈骗罪再予从轻的意见予以采纳。原判定罪和适用法律正确，审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第 2 项之规定，判决如下：

一、维持玉环县人民法院（2002）玉刑初字第 254 号刑事判决对被告人郑杨斌的定罪及对侵犯商业秘密罪的量刑部分，撤销其余部分。

二、上诉人（原审被告人）郑杨斌犯诈骗罪，判处有期徒刑 3 年，并处罚金人民币 1 万元；犯侵犯商业秘密罪，判有期徒刑 3 年，并处罚金人民币 3 万元，决定执行有期徒刑 5 年，并处罚金人民币 4 万元。（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 2001 年 12 月 7 日至 2007 年 2 月 11 日止。罚金限判决生效后 1 个月内缴纳）。

本判决为终审判决。

审判长：王黎明

审判员：陈敏莉

审判员：沈建宇

2004 年 2 月 4 日

代理书记员：陆辉

张杰

孙大午非法吸收公众存款案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、非法吸收公众存款罪中“公众”的认定
六、非法吸收公众存款的成立是否需要特定目的
七、对非法吸收公众存款罪中“扰乱金融秩序”的理解
八、对非法吸收公众存款罪的总体思考
九、结语
附录：河北省徐水县人民法院刑事判决书

一、选案理由

2003年是中国富豪命运沉浮之年，有山西李海仓之遇害，有深圳吴志剑之被判入狱，沈阳杨斌之公开被审，有中原首富乔金岭之猝死家中，有上海富豪周正毅之东窗事发，其中，孙大午之“从轻发落”可谓引人注目。基于国民的普遍仇富心理，一般的富豪因罪落网总会引来或多或少拍手称快，而孙大午则是当今富豪中的另类人物，尽管他也是“问题富豪”，相反却博得了社会各阶层的同情，在中国的一些媒体特别是网络媒体上，关于孙大午是否有罪的讨论特别热烈。一些法律界的人士出言谨慎，但许多非法律界的人士却踊跃发言，从各个方面为孙大午的行为开脱。有些媒体在报道这一事件时，居然发出了孙大午是否因言获罪的疑问。[1] 孙大

---

① 参见乔新生：《民营企业家，金融监管制度的祭品——孙大午案件分析》，载《法律与生活》2003年第9期（下）。

午案最终获得"判三缓四"的结果后，众多的评论大概以网易财经专栏最有代表性："在这场艰苦的社会力量博弈中，媒体、经济学界、法学界所代表的社会舆论首局得胜。"[①] 孙大午在法庭上失声痛哭，这不仅仅是一个动人的法外容情的故事，孙大午的泪水背后浸透着太多民营企业家的种种心酸。法律是冷酷无情的，但法律的原则体现还是维护一个公平公正的社会环境和经济秩序，在法与理相矛盾的案例上，法律必须作出反思和对事实达成谅解。[②] 正如下文分析的，在我国现存的法律体制和金融监管格局下，尽管他博得了众多的同情，有关的金融体制和法律规定也遭到了广泛的批判，但孙大午的行为无疑是有罪的。可以说，获得这样的判决不管对于法律还是对于孙大午及大午集团都是尴尬的，那么究竟是什么造成了这样的尴尬？为什么不能有一个合情又合法的判决？是孙大午的行为的确触犯刑律还是现行的法律体制和金融监管格局逼着孙大午犯错？是否像某些学者所说的，《刑法》第 167 条是恶法，需要修改？显然，孙大午非法吸收公众存款案无论从其社会影响来看，还是从案件本身的可探讨价值来看，均适合入选本书。

二、基本案情

孙大午与家人历时 18 年在河北省徐水县建立起大午农牧有限公司。1995 年，该公司被国家工商总局评定为全国最大 500 家私营企业之一；1996 年，该公司被河北省评定为省骨干乡镇企业。发展中的企业需要资金，在从银行贷款颇受挫折后，大午集团转而向员工亲朋及附近村民募集资金。从 1996 年开始，集团先以"职工入股"的方式融资，后逐渐扩展至临村村民，引起了当地金融监管机关——徐水县人民银行的注意，多次责令停止吸储而未果。

2003 年 7 月 4 日孙大午被捕。两个月后，徐水县检察院对孙大午提起公诉，主要有"涉嫌非法吸收公众存款活动"和"涉嫌非法持有弹药"两项罪名，诉称：自 1998 年以来，大午集团共吸收存款159 895 875.02 元，存款户 3 185 户，截至孙大午被抓那天，该公司仍有存款余额 35 265 393.34 元。但此案并没有开庭审理。同月 19 日，检察院撤诉，理由是检察院认为此案的事实、证据发生了变化。

徐水县人民检察院于同年 10 月 12 日再次起诉。较第一次补充了两条：①大

---

① 参见《网易财经频道》2004 年 1 月。

② 参见《孙大午案带给我们太多沉思》，载《人民网》http：//bbs. people. com. cn/bbs/ReadFile?whichfile=380620&typeid=17。

午集团的筹资行为是“通过下设代办点的方式”，而且“由主管财物的办公室副主任刘惠茹负责”来展开的。②大午集团“仅 1998 年以来就变相吸收公众存款 14 285 418 元，涉及储户 523 人”，与第一份起诉书相比，涉案金额已从最初的 1.6 亿变成了 1 400 多万，涉及的储户范围同时也缩小了许多。同时，起诉书取消了“涉嫌非法持有弹药”的罪名。徐水县人民法院于 2003 年 10 月 30 日开庭审理了本案，判决被告单位河北大午农牧集体有限公司犯非法吸收公众存款罪，判处罚金 30 万元；被告人孙大午犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年，罚金 10 万元。判决后，双方均未上诉。

三、裁判要旨

未经国家金融监管部门批准，违反金融管理法规，招收代办人员，设立代办点，以高于银行同期存款利率，承诺不交利息税的方式，出具名为“借款凭证”或“借据”，实为存单的制式凭证，向社会变相吸收存款，严重扰乱金融秩序，构成非法吸收存款罪。《刑法》第 176 条规定的非法吸收公众存款罪，侵犯的是国家金融管理秩序，违反的是金融管理法规，评判某一行为是否违反金融管理法规，具有明确的法律法规为依据，《刑法》第 176 条对该罪的构成作了明确规定，不能因为没有相关的司法解释作为不适用的理由。国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》不能用于解释刑法，被告单位河北大午农牧集体有限公司非法吸储款项的资金，用于企业经营，尚未造成被吸储款项损失的后果，可以依法从轻处罚；被告人认罪，愿意承担法律责任和对非法吸收的公众存款的清退责任，存悔罪表现，不致再危害社会，依法可以适用缓刑。

四、引发的理论问题

对于本案，控方认为，大午农牧集团有限公司为筹集资金，未经中国人民银行批准，以高于银行同期利率、不收利息税为手段，通过下设代办点的方式变相吸收公众存款。大午农牧集体有限公司法定代表人、董事长孙大午在任期间，由主管财物的办公室副主任刘会茹负责，仅 1998 年以来就变相吸收公众存款 14 285 418 元，涉及储户 523 人，其行为已构成非法吸收公众存款罪。

（一）辩方认为，大午公司的涉案行为不构成犯罪

（1）大午公司的行为属于合乎民事法律规范的民间借贷行为。首先从形式上看，大午公司的借款行为有大午公司出具的“借据”为证，从借贷关系主体来看，这是大午公司向自然人借款的合同；其次，从有关的司法解释看，大午公司借款主体及其借贷利率合法。1991 年《最高人民法院关于人民法院审理借贷案

件的若干意见》第 1 条明确规定“公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷纠纷，应作为借贷案件受理”；1999 年《最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》中明确规定“公民与非金融企业之间的借贷属于民间借贷，只要双方当事人意思表示真实即可有效。”由此可见，企业是完全有权向个人借贷的，大午公司作为企业具有向个人借贷的民事权利能力，借款主体合法。《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 6 条规定：“生产经营性借贷利率不得高于国家银行同类贷款利率的四倍”；《中国人民银行关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》第 2 条规定：“民间个人借贷利率由借贷双方协商确定，但双方协商的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率的 4 倍。”从借据上看，大午公司借款约定的利率大都是银行贷款利率的 1 倍多，不超过 2 倍。因此，大午公司对外借款对利率的约定并不违法；再次，从实质内容看，大午公司的确是在借款供自己发展生产及办教育使用，而不是挪作它用或者转贷给他人。

（2）大午公司的借款行为基本上局限在员工、员工的亲朋好友及有经常经济来往的临近乡亲中间，不属于向不特定多数人吸收存款。

（3）大午公司的借款行为不应当纳入刑法调整的范围。首先，非法吸收公众存款的罪名含义不清，根据罪刑法定原则，不能做扩大解释，一些学理的以及行政法规的解释不能适用于刑法，司法机关不能援引国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》关于“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”行为的界定做出“非法吸收公众存款”的认定。其次，大午公司的行为并没有造成社会危害，不能仅根据某些金融机构吸储数额减少就认定扰乱了金融秩序。金融的本质是信用，大午公司的信用状况及资产负债比率远远优于周边的农村信用社，从根本上说，与其他农村金融机构相比，大午公司的借贷行为算不上是扰乱金融秩序。

（二）控辩双方的焦点在于

大午集团的行为是否以“公众”为对象；非法吸收公众存款罪是否要以放贷为目的；大午集团的行为是否扰乱了金融秩序，造成了社会危害。由此引发了以下四个方面的理论问题：

（1）“公众”的认定。根据《刑法》第 176 条规定，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为是非法吸收公众存款罪，那么，什么是公众？作为本罪本质特征的公众的认定标准应当是怎样的？其与正常的民间借贷的区别何在？这是控辩双方争论的焦点之一，也是认定本罪首先需要解决的问题。

（2）非法吸收公众存款罪是否需要特定目的。辩方从本罪需要特定的目的出发，认为被告并没有出于非法占有的目的吸收存款，也没有将吸收的资金用于发放贷款，从本质上说没有进行金融活动，也无从扰乱金融秩序，因而不应构成本罪。而控方则认为本罪的成立不需要特定目的，只要实施了特定的行为并达到一定的严重程度，就构成本罪，即特定目的并非本罪的必要构成要件。这就涉及了目的犯的相关理论。

（3）对“扰乱金融秩序”的理解。“扰乱金融秩序”在本罪的法条中处于何种地位，也是值得探讨的问题。它究竟是犯罪成立的必要客观要件，还是一种对非法吸收公众存款行为的整体评价，而与犯罪构成无关？具体到本案来说，被告的吸收资金行为造成大量资金流入大午集团，当地金融机构吸储困难，影响了金融机构的正常业务，这种行为是否就是在客观上扰乱了金融秩序？从更深一层次探讨，刑法分则条文中有关构成要件的设立也需要进一步科学化、严密化。

（4）对非法吸收公众存款罪的整体剖析。我国对民间融资行为的规制是在近十年的金融市场的发育过程中，在国家金融力量与民间集资行为的博弈过程中形成的。民营企业发展过程中遇到的最大难题便是融资问题，孙大午案件的本质反映了民营企业在发展过程中遇到资金瓶颈时的无奈选择。非法吸收公众存款罪在设立初期确实发挥了重要作用，但是随着民间借贷现象日益频繁，其现行规定的合理性和时代性值得深入思考。

五、非法吸收公众存款罪中“公众”的认定

控方指控，被告单位通过招收代办人员，设立代办点的方式，在吸收资金的过程中，将吸收资金的对象扩大到社会不特定的多数人，吸收资金巨大，涉及范围广，与借贷对象特定的民间借贷存在本质的不同，应当认定为向不特定多数对象吸收存款。

辩方声称，大午公司的借贷行为基本上局限在员工、员工的亲朋好友以及有经常来往的临近乡亲中间，并不能形成对不特定社会公众的借贷。大午公司成长在中国农村，借款绝大部分都是与公司员工有着沾亲带故的关系或者是大午公司的客户，很多农民每年都把自己产出的玉米卖到大午公司，事实上大午公司所谓的吸收存款也正是从村民挑来玉米暂时不领走现金实现的。从我国国情出发，对于一个成长在中国农村的企业来说，这些沾亲带故的或者有着业务来往的周边村民就属于“特定对象”，属于合法借贷范畴。[1]

① 参见《许志勇律师为孙大午案的辩护词》。

那么公司的员工算不算是特定公众，员工的亲朋好友算不算是不特定公众，与公司有经常性经济来往的附近村民算不算不特定？民间借贷与非法吸收公众存款的界限究竟在何处？

（一）公众的认定标准

从词语本身的含义来说，“公众”一词并无太大争议，三人即成众，但作为非法吸收公众存款罪的直接犯罪对象之公众，则有其特定的内涵，一般认为，所谓公众，就是社会上较大范围不特定多数的储户。如果行为人吸收的户数不多，涉及的范围较小，就不宜认定为吸收公众存款。当然这并不意味着只有实际吸收较大范围的储户的存款才能构成本罪，如果行为人已面向社会公众发放吸储公告，或通过其他方式使公众得知吸收存款的消息，虽实际只吸收了少数几个储户的存款如果吸收的资金达到一定的数额标准，也应当认为是非法吸收公众存款。①

可以看出，“不特定性”正是“公众”的必然内涵。所谓不特定对象，是指吸收存款的对象没有限制，行为人欢迎任何自然人和单位去存款。但是，到底什么是“不特定”对象，这里的不特定到底是对身份的限制还是对数量的限制，在理论上没有统一的解释，在实践中仍存在很大争议（应当指出，本罪包括吸收和变相吸收公众存款两种行为方式，变相吸收存款的行为在非法性特征和对象特征以及承诺的义务等方面均是相同的，因而我们此处只讨论作为代表性行为的吸收公众存款）。

“公众”说明了客观行为指向对象的不特定性，非法吸收的是不特定多数人的存款。立法之所以规定非法吸收公众存款并处以严厉的刑罚，就是基于其指向的对象具有不特定性，广大的公众参与非法吸存，容易造成资金运作的风险，即使短期内没有出现明显的危害结果，但其潜在的危害仍是不可忽视的，因而公众的不特定性特征是本罪的必要构成要素。换言之，如果向特定的对象吸收存款，即使人数众多，也不能认定为本罪。“如公司企业在资金紧缺、为了扩大经营或生产的情况下，动员内部职工、家属集资或存款入股，或者采用行政性摊派等方式募集资金等，因为其吸收资金的对象限于本单位或者本系统内部，对象具有特定性，即使存款人数众多，存款数额巨大，也不能以本罪处罚。”②

通过以上分析，笔者认为，可以从以下两个方面认定“公众”：

（1）行为指向的对象具有广泛性，即非法吸收公众存款的行为对象——存款

① 参见赵秉志主编：《新千年刑法热点问题研究与适用（下）》，中国检察出版社 2001 年版，第 804 页。

② 参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社 2003 年版，第 228 页。

人必须具有众多性，若吸收的是少数几个存款人的存款，即使是以高于银行的法定利率或者实施以相当高于法定利率之物质或者财产性利益来吸收资金，也不构成本罪，而应该按照民间借贷来处理。我国刑法没有对“公众”作量的规定，相应的对所谓“公众存款”一词刑法理论和司法实践中都存在较大的分歧。该词首次出现于《商业银行法》，但该法并没有对其内涵进行界定[①]，且目前没有相应的立法或者司法解释给予明确界定，造成了理解上的一定混乱。但对象的众多性特征毋庸置疑，而且要结合案件实际情况综合予以考量。最高立法机关或者司法机关应该在调查研究的基础上，从本罪的立法原意出发，及时作出相应的具体解释。

（2）行为方式具有公开性，即非法吸收存款是通过向社会公开的方式进行的。公开性并不一定要求行为人必须是大张旗鼓的进行宣传，吸收公众存款因其非法性反而更多采用较为隐蔽的手段进行，只要出于吸引更多存款的目的，在公众之间形成信息的广泛传递，就可以认定为带有公开性。从实践来看，体现公开性的向社会不特定对象吸收存款的形式通常有两种：一是通过公开张贴告示、通知等方式招揽存款；二是发动亲友到处游说，广泛动员他人参加吸储。

就本案来说，大午集团以高于银行同期利率、不收利息税为手段，通过下设代办点的方式变相吸收存款，虽然开始限于本单位内部职工、家属，以及本村的村民，但其吸收的方式和手段已经表明是面对不特定公众的。下设代办点的方式必定要面对非本单位的其他人员，事实上吸储的对象也扩展到了周围村庄，这些村民与大午集团并没有关系，目的就是利息比银行高，不拿利息税，存款方便，否则不会参加存款。孙大午本人也曾指示：吸储越多越好，谁的都行，是存款就收。可以看出，大午集团的吸收存款行为具有手段的公开性、对象的广泛性，因而可以认定为是面向不特定公众吸收存款，符合非法吸收存款罪的本质特征。

（二）非法吸收公众存款和正常的民间借贷的区别

本案的辩护人认为，法律并没有明确界定其与非法吸收公众存款之间的界限，从行为的形式、有关的司法解释以及吸收资金的用途看，被告的行为本质上属于正常的民间借贷，不应当由刑法介入调整。本案的焦点之一便是非法吸收公众存款与正常的民间借贷的区别。

1. 民间借贷概要。民间借贷又称民间信用或个人信用，是与正规的金融借贷相对应的，指居民个人向集体或者其相互之间提供的借贷，一般采取利息面

① 参见代波、齐沁霞：《非法吸收公众存款罪的理论缺陷及完善》，载《新疆警官高等专科学校学报》2005 年第 1 期。

议、直接成交的方式。我国民间借贷历史悠久，是经济社会不可或缺的融资渠道之一。民间资金的需求有时间急、次数多、金额小、主体杂等特点，与正规金融贷款手续复杂、条件严格、耗时较长特点形成鲜明对比，而民间借贷的特点正好能够满足民间资金的需求，这决定了它的存在是有市场的；但同时存在一些问题，对正规的金融秩序具有一定的破坏性，需要加以引导和规范。

民间借贷游离于正规金融机构之外的个人与个人、个人与单位、单位与单位之间，是以偿还为条件的资金筹借活动，由于其不受国家行政监管约束，具有明显的自发自愿、互助互惠的特征。在我国，民间借贷一直处于虽不禁止，也不鼓励的状况。20 世纪 90 年代初，政府对乱集资、高利贷等行为进行了清理，一度抑制了民间借贷的发展，1998 年 7 月国务院颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》和其他一系列法规政策更是在不同程度上压缩了民间借贷的生存空间。但民间借贷却始终处于“野火烧不尽，春风吹又生”的境况，事实上，民间借贷作为一种社会现象一直普遍存在。[①] 特别是大量的中小企业、民营企业在发展过程中遇到资金不足的瓶颈，民间借贷更是其筹措资金的重要渠道，决定了它的存在是有广泛市场的。但同时其也存在一些问题，对正规的金融秩序有一定的破坏性，需要加以引导和规范。

民间借贷存在的问题主要有[②]：

（1）立法滞后，关键问题是对民间借贷在法律上没有明确界定。有关民间借贷的规范长期没有出台单行法律或者行政法规，相关规定散见于不同法律中，且过于原则；而对于非法金融活动，大多以禁止性规定为主，没有相应的处罚规定或者强制措施或者法律规范，没有根据变化了的客观情况加以补充、修改，缺乏可操作性。因此，何谓民间借贷、哪些主体可以参与、可以采用哪种形式？非法金融活动的范围有多大？民间借贷与非法金融活动中，合法与非法的界限如何界定？诸多需要明晰的问题没有明确规定。

（2）民间借贷主体范围不清。企业之间、企业与公民之间能否相互借贷，现行法律、行政法规对此没有正式的禁止性规定。目前唯有国务院公报 1984 年第 10 号批转的中国工商银行《关于国营工商企业流动资金管理暂行办法》作过“不准企业之间相互借贷、收取利息”的规定。但是，这一“办法”同样存在许多问题：①该办法主要是限制“转贷牟利”，这是在计划经济体制下作出的限制

① 参见康正平、张黎明、胡明东、宗泽斌：《农村金融融资瓶颈与民间信用的替代效应分析——从武家嘴个案解析农村民间借贷的积极作用》，载《农村金融体制改革》2004 年第 12 期。

② 参见陈正川、王仁生、郑希元、刘凡：《民间借贷制度安排和对非法金融活动制度约束》，载《福建金融》2004 年第 12 期。

性规定，已不适应现实的市场经济的要求，是否继续坚持值得考虑。②司法部门认识不一。最高人民法院1991年《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》和1999年《关于如何确认公民与企业之间贷款行为效力问题的批复》以及司法部1992年《关于办理民间借贷合同公证的意见》中，三次对公民与企业之间、企业与企业之间的贷款合同效力加以肯定。法律规定的不统一，造成了实践适用中的混乱。再次，民间借贷还存在另外一些不规范之处，如社会约束不够，合同形式不规范，救济渠道不畅，监管不力等等，都使得民间借贷问题重重。

存在问题是现实的，但不能因此而完全否定民间借贷的益处。正如上文分析的，它的存在是有理由的，有市场的，不能因噎废食，对其完全加以禁止，而应当合理引导和规制，发扬其有益的一面，抑制其破坏的一面，使其健康发展，为市场经济条件下企业的发展创造有利条件。

2. 非法吸收公众存款与民间借贷的区分。通过上文的分析可以看出，现行法律并没有明确区分非法吸收公众存款与民间借贷的界限。

《合同法》第12章规定，建立在真实意思基础上的民间借款合同受法律保护；1991年发布的《最高人民法院关于人民法院审理借款案件的若干意见》规定，民间借贷的利率可以在超过银行同类贷款利率的四倍以下的范围内适当高于银行的利率；1999年发布的《最高人民法院如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》规定，公民与非金融企业之间的借贷属于民间借贷，只要双方当事人意思表示真实即可认定为有效。

《刑法》第176条规定，非法吸收公众存款或变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。实践中判定非法吸收公众存款主要是根据国务院1998年发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》（以下简称《取缔办法》），其第4条规定：非法金融业务活动，是指未经中国人民银行批准，擅自从事的下列活动：①非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款；②未经依法批准，以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资；③非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖；④中国人民银行认定的其他非法金融业务活动。所称的非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；所称变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。

由此看来，从民法意思自治的基本原则出发，法律并不干预正当范围内民间借贷；问题是，根据合同法的规定，一个企业向一个公民借款或者向多个公民借

款都属于民间借贷，但这样的民事行为在《取缔办法》中就可能变成了非法，从合法民间借贷行为到非法吸收公众存款，民事法律与金融行政法规之间缺少应有的逻辑关系，合法的民间借贷在《取缔办法》中的地位不明，法律之间存在合理衔接，到底向多少公民借贷或者借贷多少属于合理范围，尤其是在什么情况下触犯刑法，并没有明确的规定。

从现行法律对民间借贷的规制看，对民间借贷的对象、范围等有关问题都没有做出限制性规定。目前对民间借贷的限制仅仅是在中国人民银行颁布的《中国人民银行关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》中，存在两个方面的限制。①禁止吸收他人资金转手放款；②借贷利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率的四倍。除此之外，在我国整个法律体系中，无论是法律、行政法规、规章还是立法解释、司法解释，都没有对民间借贷的对象、范围做出限制性和禁止性的规定。法律规定的缺失、不明确以及存在的矛盾无疑造成了在判定民间借贷与非法吸收公众存款时的混乱。

有观点认为，从构成犯罪的数额标准来看，非法吸收公众存款中法律并未要求一定的数额标准，只要行为人实施了非法吸收公众存款的行为并扰乱了国家金融管理秩序的，不论其数额大小均可按非法吸收公众存款罪定罪处罚。[①] 笔者认为这种观点是不正确的。根据最高人民检察院、公安部联合发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》，第 24 条规定了非法吸收公众存款案的追诉标准：非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：①个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在 20 万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在 100 万元以上的；②个人非法吸收或者变相吸收公众存款 30 户以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款 150 户以上的；③个人非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额在 10 万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额 50 万元以上的。由此可见，并非实施了非法吸收公众存款的行为就构成本罪，还需要有一定的标准。

对于本案来说，检察院第一次起诉所确认的存款金额为一亿五千多万元，涉及储户 3 185 户，将孙大午的亲属、大午集团的员工的存款都包括在内，即将特定的对象也算在其中，显然失之过宽；第二次起诉则缩小了范围，涉及存款一千多万元和储户 523 人，排除了储户范围中的特定对象，界定较为科学。孙大午的

---

① 参见刘贵涛、张成法：《非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪比较研究》，载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2001 年第 1 期。

辩护律师朱久虎认为：孙大午将存款目标特定化，特定在员工和周围几个农村。笔者认为，辩护律师的观点是不正确的。特定与不特定是相对的，任何不特定的目标最终都会特定化，不能因为目标最终的特定化而认定为初始的目标就是特定的。

现行民间借贷与非法吸收公众存款的界限不明直接原因是法律规定不明确，但深层次的原因是我国的金融监管过于僵化，市场准入过于严格，限制了民间融资的正常健康发展。笔者建议，应当尽量缩小刑法对这一行为的介入，将民间借贷界定为一般的民事法律行为，从以下方面判断是否为正常的民间借贷以区别于非法金融活动[①]。①从资金来源分析，用于借贷的资金是否属于出借方的自有资金，区别于利用他人资金转贷牟利，包括利用非法吸收存款或者非法集资等的资金；②从借款用途分析，其借款资金是否用于满足正常的生产经营需要，区别于各种非法使用；③从借款手段分析，看当事人的意思表示是否真实；④从借贷结果看，一是出借方是否以此作为主要收入来源，二是出借方放款对象是否为特定主体。在现行法律没有明确规定的情况下，区分正常的民间借贷与非法吸收公众存款的界限，应当依照最高人民检察院、公安部联合发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》来判断。

六、非法吸收公众存款的成立是否需要特定目的

大午集体为解决发展过程中遇到的资金问题，将吸收的员工、亲属及附近村民的资金完全用于本企业的发展，辩护方称：从行为的目的上看，大午集团的借款行为不是以非法占有为目的，没有挥霍浪费、吃喝嫖赌的动机，没有盲目投资、疏于管理从而使借款人产生危机的事实[②]，没有进行发放贷款的行为，从本质上说其吸收的资金只是“借款”而非“存款”，因而不能认定为非法吸收公众存款。控方则认为：这些行为的目的并不影响非法吸收公众存款行为本身的认定，即使没有特定的目的，即使不以发放贷款为目的，只要实施了特定的行为并达到了一定的严重程度，就构成本罪，即特定目的并非本罪的必要构成要件。

（一）学界的不同观点

控辩双方的意见分别代表了学界的两种观点：

1. 特定目的必要说。此说从存款的特定含义出发，认为应当区分存款与借

---

① 参见陈正川、王仁生、郑希元、刘凡：《民间借贷制度安排和对非法金融活动制度约束》，载《福建金融》2004 年第 12 期。

② 参见《朱久虎律师为孙大午案的辩护意见》。

款，存款是特定的金融活动，从经济学的角度讲，只有用于发放贷款的资金才能称之为存款，而借款则不具有这样的目的。只有以发放贷款为目的的吸收资金才是侵犯了金融机构特定的活动，才能称之为扰乱了金融秩序，才能被认定为吸收公众存款，否则，只是吸收资金用于生产经营、解决企业融资等问题的，不能认为是扰乱金融秩序而被认定为吸收公众存款，因而本罪的成立需要有特定的目的，即吸收的资金用于信贷。① 张明楷教授持这种看法。

2. 特定目的不必要说。认为刑法对本罪的规定并未强调行为人的犯罪目的，而且从现实层面分析，行为人非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款后，对吸收存款的资金投向并不局限于信贷，也可能用于生产、经营活动②，关键在于行为人的行为本身违反了金融管理法规，从而对金融秩序造成了实际的侵害或有侵害的危险，吸收存款的用途并没有决定性的影响，显然此时也符合本罪的犯罪构成。大多数学者持这种观点。③

可以看出，本罪的成立是否需要特定的目的，即本罪是否是目的犯成为辩论的焦点之一。

（二）关于目的犯的理论

“目的犯是指以超过的主观要素为罪责要素的犯罪。刑法分则在某些犯罪的规定中涉及罪责要素，主要有两种情形：一是明知，二是目的”。④ 在这种情况下，明知与目的作为犯罪构成要素，对于该罪的成立有重要意义。问题在于：刑法分则中的目的与明知，与刑法总则中的故意是一种什么样的关系？能否为罪责的一般理论所解释？

我国刑法分则中规定的目的犯主要包括两种情形：①直接目的，例如合同诈骗罪中的非法占有目的。合同诈骗行为是指通过签订合同而骗取他人财物，因此非法占有他人财物是合同诈骗的题中之义，行为人通过签订合同即可实现非法占有的目的。②间接目的，例如走私淫秽物品罪中的牟利或者传播目的的走私淫秽物品罪直接故意所包含的目的是指将淫秽物品走私出入境。这种主观目的与客观行为之间存在对应关系，即从客观行为中就可以推导出主观目的。但牟利或者传

---

① 参见张明楷：《刑法学（下）》，法律出版社 1997 年版，第 643 页。

② 参见马克昌主编：《经济犯罪新论》，武汉大学出版社 1998 年版，第 321 页。

③ 参见冯亚东、刘凤科：《非法吸收公众存款罪的本质及立法失误》，载《人民检察》2001 年第 7 期；李希惠：《论非法吸收公众存款罪的几个问题》，载《中国刑事法杂志》2001 年第 4 期；肖中华：《论非法集资犯罪的制度防范和刑法惩治》，载《人民检察》2000 年第 10 期；赵秉志、万云峰：《非法吸收公众存款罪探讨》，载《人民司法》2004 年 2 月。

④ 陈兴良：《目的犯的理论探究》，载《法学研究》2004 年第 3 期。

播目的则不是走私淫秽物品罪的直接故意所包含的，这一目的的实现有待于进一步实施牟利或者传播的客观行为。因此，对于走私淫秽物品的行为来说，牟利或者传播目的是一种超过的主观要素。

除刑法明文规定的目的犯和隐含的目的犯以外，是否存在非法定的目的犯是一个值得研究的问题。我国刑法学者把这种非法定的目的犯称为不成文目的犯，指出：有些犯罪，刑法分则条文虽然没有规定构成该罪必须具备某种特定的犯罪目的，但从司法实践和刑法理论上看，则必须具备某种特定的犯罪目的才能构成该犯罪，即所谓不成文的构成要件。对于这类尚未被立法明文规定的事实上的目的犯，尤其需要注意。

法定的目的犯与非法定的目的犯是目的犯的两种表现形式，相比而言，法定目的犯因为是有法律规定的，所以在认定的时候是比较容易的；而非法定目的犯法律未对其作明文规定，因而容易产生理解上的歧义。笔者认为，在立法的时候，基于罪刑法定的明确性原则，应当对目的犯加以明确规定。在刑法未作明确规定的情况下，司法解释应当对非法定目的犯作出规定以便实现非法定目的犯的法定化。只有这样才能为正确认定目的犯提供充分的法律依据。

为了免于犯罪认定发生困难，我国刑法对这类不成文的目的犯有将其成文的必要。在我国刑法中，引起讨论的有两个罪名，即伪造货币罪和虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪。以伪造货币罪为例说明。

外国刑法一般认为伪造货币罪是目的犯。例如《日本刑法》第 148 条规定伪造货币罪必须以行使为目的。《德国刑法》第 146 条规定必须具有行使或者进入流通的意图。但我国《刑法》第 170 条规定的伪造货币罪，并未规定行使或者流通的目的。那么我国刑法中的伪造货币罪是否需要以行使或者流通为目的呢？否定说认为，我们刑法鉴于伪造货币的严重危害，没有要求行为人主观上具有特定目的，对仅伪造并不使用伪造的货币的行为，以本罪论处。事实上不以适用为目的而伪造货币的行为，也会侵犯货币的公共信用。因此，从解释论上而言不应认为本罪为目的犯。肯定说则认为，在刑法解释论上应当要求有行使流通的意思，即目的犯，即将假币作为真币在市场上流通，从而危害货币的公共信用。单纯为了教学文艺演出私人收藏或者展览而设计制造的不认为具有行使的目的，欠缺本罪故意，不构成犯罪。现在伪造货币罪是否以行使为目的，是一个刑法解释论上的问题。否定说是一种文义解释，肯定说则是限制解释。刑法没有规定伪造货币必须以行使为目的，但从刑事政策出发对此做出限制，将没有行使目的的伪造货币行为从犯罪中排除出去，在刑法解释论上也是可以成立的。

笔者主张肯定说，采用非法定目的犯的概念。这里涉及伪造货币罪所侵犯的

法益。可以说，犯罪行为侵犯的法益决定了犯罪的成立是否需要特定的目的。有学者认为，伪造货币罪侵犯的法益，是社会对货币的信用，以及由此所产生的交易安全。伪造货币罪侵犯的法益经历了一个从制造或者发行货币以及批准权到货币信用的变迁过程。如果伪造货币侵犯的法益是货币制造或者发行权，则只要制作了货币就应构成伪造货币罪。而如果伪造货币罪侵犯的法益是货币信用，则没有行使目的很难说就会侵犯货币信用。我国刑法理论以往都把伪造货币罪的客体理解为货币管理制度，这一说法过于宽泛，而新的著作则理解为货币的公共信用。在这种情况下，要求伪造货币罪必须以行使为目的才符合伪造货币罪的本质特征。

（三）笔者的见解

结合上述分析，笔者认为，本罪不是目的犯，即非法吸收公众存款罪的成立不需要有特定目的的存在。

1. 从借款和存款的区别看。有观点认为，本罪中的存款应当从与贷款相对应的含义上理解，认为非法吸收公众存款罪所指的存款应当从资本、货币经营的意义上讲。只有在这个意义上去理解“存款”，才能解释清楚民间借贷与银行吸收存款的区别，才能找到合法的民间借贷与非法吸收存款的界限。

我国并没有对商业借贷与消费借贷作出区分，也并没有对借款人和贷款人的主体资格作出限制性规定，这就意味着西方国家常见的消费借贷与商业借贷区分在我国没有意义；从理论上说也意味着我国的企业和公民可以从事借贷性活动。1999 年 1 月 26 日发布的《最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》规定，公民与非金融企业之间的借贷属于民间借贷，只要双方当事人意思表示真实即可认定有效。虽然也规定不得以借贷的名义非法集资，但到底什么是非法集资，该批复没有说明。

应当承认，法律对于民间借贷与非法吸收公众存款之间的规定确实缺少衔接和对应，一个企业向一个公民借贷属于合法民间借贷，向两个公民借贷也属于合法借贷，但是，向 100 个、向再多的公民借贷到了金融法规里怎么就成了非法的呢？向一个人借一万元是合法民间借贷，而向 100 个人各借 100 元就可能成为非法吸收公众存款，从民法中的意思自治原则和民间借贷行为到有关金融法规中非法吸收公众存款行为的定性，法律之间缺少应有的逻辑关系，甚至可以说，法律之间存在冲突。到底向多少个公民借贷或者借贷多少属于合法范围，尤其是在什么条件下触犯刑法，法律并没有明确的统一的规定。[①]

---

① 参见许志勇：《一个民营企业的非法生存——大午集团成长调查报告》，载《北大在线》http：//edu. beida-online. com。

在区分存款与借款的基础上，对商业借贷与消费借贷作出区分规定不无道理。将以发放贷款为目的的吸收资金（商业借贷）与以消费为目的的吸收资金（即消费借贷，如用于生产经营）区分开来，有利于正确区分民间借贷与非法吸收公众存款，实现法律之间的衔接；但是我国现行法律并不区分商业借贷与消费借贷，对借款与存款的调整适用同一规格的法律，因此不能以此来区分民间借贷与非法吸收公众存款的界限，而只能在法律规定的范围内对其范围进行界定。

笔者认为，本罪的“存款”并不与“贷款”相对应。立法的目的在于处罚未经有关机关批准擅自吸收公众存款从而侵犯国家正常吸收存款的管理制度，并不考虑行为人吸收存款后的用途，或者说，行为人将吸收的存款用于生产经营还是发放贷款，并不是本罪所关心的问题，因此，认为“存款”与“贷款”相对应，如果只是自己使用，并不符合存款的性质的看法是没有法律根据的。[①] 在行为人吸收公众存款后，如果又进行其他活动则应根据具体情形而定。如将其募集资金用于生产经营活动，则后行为则不属于犯罪，只对前行为定为非法吸收公众存款罪。

2. 从本罪侵犯的法益看。行为人完全出于本部门或者个人利益的考虑，即使是用于正常生产经营而没有用于发放贷款或者其他非法活动，也严重侵犯了国家金融管理制度和金融秩序，具有极大的社会危害性。首先，这类行为一般通过提高利率等手段，将大量的社会闲散资金集中到少数单位或者个人手中，造成这部分资金失控，不利于国家集中有限资金进行必要的宏观调控。其次，行为人随意提高利率，形成与合法金融机构的不正当竞争，破坏国家统一制定的利率，影响币值稳定，同样也是对国家金融秩序的扰乱。再次，行为人一般不具有合法金融机构强大的经济实力，没有完善的经营管理制度，缺乏有效的监督机制，承担风险的能力极弱，从本质上无法保证货币的保值、增值，从而无法保证存款人的利益，给存款人带来极大的风险，造成社会公众财产的严重损失，甚至影响社会稳定。[②] 可以说，法律禁止的是未经准入而擅自从事正规金融业务的活动，对于吸收资金后做何用途并不考虑，其吸收行为本身就是对金融监管秩序的违反。

或许行为人吸收资金后短时间内没有出现问题，正如本案一样，基于孙大午本人的人格魅力以及大午集团良好的运营态势，广大储户对其抱有极大的信任，

---

① 参见刘宪权、卢勤忠：《金融犯罪理论专题研究》，复旦大学出版社 2002 年版，第 343 页。

② 参见代波、齐沁霞：《非法吸收公众存款罪的理论缺陷及完善》，载《新疆警官高等专科学校学报》2005 年第 1 期，第 32 页。

大午集体至案发时仍保持着良好的运行，储户存取自由，利益也并未受到损害，但这绝不意味着这些资金能够继续得到保值增值，储户的利益得到有效、稳定的保护。没有正规金融机构的各种管理制度的规制，即使是完全用于生产经营，吸储人或单位也很可能无法完全控制存款的使用并保证其增值。事实上，以市场经济主体的身份来衡量，大午集体的许多投资行为①是不理性的，不符合一个理性投资人的法则。拿自己的利润去办公益事业是无可厚非的，但如果拿借款来投资，就很值得商榷。从投资的角度来看，这种风险很大。对于他所做的其他一些投资，由于农产品加工市场变化很快，每年因市场的原因倒闭的企业就不在少数。看似孙大午有借有还，随时提取的存款方式很保险，但实际上，借钱给他的乡亲们所冒的风险比把钱存在银行的风险更大。② 在市场经济的大潮中，一个企业的经营状况有时是很难预料的，也并非能够完全由行为人控制，一旦经营状况恶化、无法维持储户的正常利益，则无疑会带来严重的后果。而这正是金融监管所要避免的情况。

七、对非法吸收公众存款罪中"扰乱金融秩序"的理解

控方认为，大午集体吸收公众资金的行为已经造成大量资金流入大午集团，当地金融机构吸储困难，大大影响了金融机构的正常业务，已经扰乱了当地的金融秩序。而辩方认为，大午公司的行为并没有造成社会危害，不能仅根据某些金融机构吸储数额减少就认定扰乱了金融秩序。金融的本质是信用，大午公司的信用状况及资产负债比率远远优于周边的农村信用社，从根本上说，与其他农村金融机构相比，大午公司的借贷行为算不上是扰乱金融秩序。

(一)"扰乱金融秩序"在本罪法条中的地位

《刑法》第 176 条规定，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，犯非法吸收公众存款罪。刑法明确将"扰乱金融秩序"规定在非法吸收公众存款罪的罪刑规范中，那么，对此应作如何理解？它究竟是客观要件，还是一种对非法吸收公众存款行为的整体评价，而与犯罪构成无关？

一种观点认为，从犯罪构成上来说，"扰乱金融秩序"是本罪的必要要件，而非选择要件。换言之，本罪是结果犯，行为人实施了非法吸收公众存款的行为，要达到扰乱金融秩序的程度，才能够认定为本罪。当然，非法吸收公众存款的行为一经实施，就已经在一定程度上扰乱国家金融秩序，因为非法吸收本身就

---

① 比如投资完全不具有营利性质的学校，虽然我们对孙大午的这种行为表示由衷的赞赏。

② 参见汤敏：《孙大午事件的"双输"结局》，载 http：//www.mlcool.com/html/ns001968.htm。

是对金融秩序的漠视和侵犯。当然这种行为有程度的区别，轻者可能只是违反行政法规，重者则可能触犯国家刑律。而作为犯罪之违法程度，必须达到超越了其他法律法规的最高限度，严重到具备刑罚可罚性程度。因而，这里所言犯罪意义上的非法吸收公众存款，其扰乱金融秩序之程度应当理解为造成一定的社会危害后果、达到犯罪程度之“扰乱”。我国刑法规定的“扰乱金融秩序”应包含有此意，只是规定得确实过于弹性、粗略，给理解适用带来困惑。应该综合考虑吸存行为客观方面的诸要素，包括非法吸收公众存款的地点、范围、数额以及给存款人造成的损失及对当地银行造成的影响等，来量定扰乱金融秩序的程度。如在银行营业范围不及的偏远之地，行为人非法吸收了一定数额的存款用于正当生产经营，并没有造成存款人的损失，就没有扰乱金融秩序，可不以本罪治罪。又如具有吸存资格的金融机构，为了完成存贷计划，以提高利率的方法吸收数额较大的存款，从没有造成存款人的损失，也没有造成金融秩序的混乱，就可不认为是本罪之“扰乱金融秩序”。①

另一种观点认为，不宜将“扰乱金融秩序”理解为客观要件。任何非法吸收公众存款的行为都是扰乱金融秩序的，不存在不破坏金融秩序的非法吸收公众存款行为。即只要实施非法吸收公众存款的行为，自然就扰乱了金融秩序。理论上和实务中有人对此提出反驳意见，认为照此理解，“扰乱金融秩序”的规定岂非多余？在这种观点看来，这是一个立法技术上的问题，以立法技术的科学性审视，刑法分则第三章第四节的类罪名“破坏金融秩序罪”已囊括了对行为的整体评价，“扰乱金融秩序”的规定实属蛇足。“扰乱金融秩序”是对行为的描述，而不是对犯罪结果的描述。法条在适用中的一系列问题，是由于立法的不周全与司法解释的滞后跟进造成的，这与立法技术不无关系。当然，“扰乱金融秩序”作为一个评价性的用语（而非构成要件）来理解，并不是说任何非法吸收公众存款的行为都因为符合“法定”的“扰乱金融秩序”之评价而均构成犯罪。实务中仍应贯彻刑法总则关于犯罪概念规定的精神，对于危害不是很大的非法吸收公众存款行为，不应以犯罪论处。衡量非法吸收公众存款行为的危害程度大小，应当考察犯罪人有无吸收公众存款的资格、吸收公众存款的数额、给存款人造成的经济损失和社会影响等诸方面。

笔者基本同意第一种观点。本罪中的扰乱金融秩序既是对行为的描述，同时又是对危害结果的描述。从哲学观点出发，任何事物或现象，都表现为原因和结果的联系。原因和结果总是相对而生、相互依存的，没有脱离原因或结果而单独

---

① 参见赵秉志、万云峰：《非法吸收公众存款罪探讨》，载《人民司法》2004 年第 2 期。

存在的事物或现象。具体到犯罪这一特殊领域，犯罪行为和危害结果应是相对而生的[①]。一方面，构成犯罪的原因（行为）和结果（危害结果）也是对立统一的事物，有犯罪行为出现，就会有犯罪的结果产生。另一方面，犯罪是具有严密规定化的性质。作为统一于犯罪这一事物的原因（行为）和结果（危害结果），都应是具有规定化的性质。犯罪的法律性质决定了，不论行为或结果，如果达不到一定的标准，则不构成犯罪。

（二）刑法分则条文中的有关构成要件分析

应当说，修订后的刑法典在条文设计上有了很大的进步，但仍然存在某些不够严谨的地方，导致刑法规范缺乏科学性。这种情况表现有：部分罪名存在多余的犯罪构成。刑法分则条文关于犯罪构成要素的规定中有一些是以双重危害结果作为构成要件的。这种双重结果，有些是多余的。如《刑法》第 123 条规定，对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全，尚未造成严重后果的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处 5 年以上有期徒刑。按照该条规定，构成暴力危及飞行安全罪，在客观方面必须具备两个要素，即行为要素“对飞行中的航空器上的人员使用暴力”，结果要素“危及飞行安全”和“尚未造成严重后果”或者“造成严重后果”。其中的“危及飞行安全”和“造成严重后果”的规定都是多余的。在飞行中的航空器上，所谓严重后果，只能理解为“危及飞行安全”，而危及飞行安全本身就是多余的。如果认为只有造成机毁人亡的后果才是造成严重后果，行为人必定死亡。按照刑法和刑事诉讼法的规定，就不存在可以追究刑事责任的主体，那么该条的刑罚也就是多余的。

又如《刑法》第 290 条规定，聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作生产经营和教学科研无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，对其他积极参加的，处 3 年以下有期徒刑拘役管制或者剥夺政治权利。聚众冲击国家机关，致使国家机关工作无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处 5 年以下 10 年以上有期徒刑，对其他积极参加的，处 5 年以下有期徒刑拘役管制或者剥夺政治权利。其中的“致使工作生产经营和教学科研无法进行”与“造成严重损失”都具有重叠性，“致使工作生产经营和教学科研无法进行”和“致使国家机关工作无法进行”本身就是该罪的危害结果，也是设定该罪并对之追究刑事责任的理由。在其后之外再添加一个“造成严重损失”，就不仅显得完全多余，而且使聚众扰乱社会秩序和聚众冲击国家机关的行为在“致使工

① 参见郭涛：《关于犯罪构成理论中危害结果与犯罪客体的理论思考》，载《政法学习》1996 年第 3 期。

作生产经营和教学科研无法进行”与“致使国家机关工作无法进行”时是否构成犯罪，仍然处于不确定的状态。①

由此可见，法条适用中的有些问题是因为立法的原因造成的，需要我们进一步完善立法技术，严密法律用语。

八、对非法吸收公众存款罪的总体思考

（一）立法沿革及评价

要准确理解适用一个罪名，先要了解其立法背景及立法原旨。在改革开放以前，我国实行高度集中的计划经济体制，金融业是国家进行计划调控和经济建设的重要职能部门，其活动带有很强的行政色彩；另外，这一时期由于经济不发达，公民手头现金、存款甚少，机关、社团也没有更多可供支配的资金，因此就不存在非法吸收公众存款或变相非法吸收公众存款的制度环境和客观条件。所以，我国在制定第一部刑法时，就没有规定这个罪名。随着我国改革开放政策的推行和深入，国家经济日益活跃，公民生活水平日渐提高，手头现金和储蓄存款也越来越多。特别是随着社会主义市场经济的逐步发展，国家金融市场的搞活，市场日益繁荣和市场主体自主经营权的扩大，一些个人和单位（公司、企业）为了发展生产或扩大经营，千方百计、想方设法募集资金，有的进而发展到违反国家金融法规，擅自吸收公众资金或变相吸收公众资金，进行非法集资活动，其中一些金融机构（包括商业银行）也在相互竞争中进行非法吸收公众存款的活动。这些行为不但严重扰乱了国家正常的金融管理秩序，还给国家和公民带来了极大的金融风险，而且引发了不少民事纠纷和刑事犯罪。为此 1995 年 5 月 10 日第八届全国人大常委会通过的《商业银行法》第 11 条专门规定：未经中国人民银行批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样；第 47 条规定，商业银行不得违反规定提高或者降低利率以及采用其他不正当手段，吸收存款，发放贷款；第 79 条特别规定，未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行，或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的依法追究刑事责任；并由中国人民银行予以取缔。② 同年 6 月，第八届全

① 参见高铭暄、张智辉：《论刑法立法的完善问题》，载赵秉志主编《刑事法治发展研究报告》2003 年下册，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 25—26 页。

② 2003 年 12 月 27 日修正的《商业银行法》第 11 条第 2 款，第 47 条，第 81 条对有关内容作出了规定，但在行文上略有变动。第 81 条第 1 款：“未经国务院银行监督管理机构批准，擅自设立商业银行，或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款，构成犯罪的，依法追究刑事责任；并由国务院银行业监督管理机构予以取缔。”

国人大常委会又通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》（以下简称《决定》），其第7条明确规定了非法吸收公众存款罪。这是本罪第一次以单行刑法的形式得以确立，并规定了相应的刑罚。1997年刑法修订时，考虑到本罪的设立对维护国家金融秩序，保障国家金融体系安全、稳健地运行，促进和完善社会主义市场经济体制所起的重要作用，完全吸纳了《决定》关于非法吸收公众存款罪的规定，并以第176条做了专门规定。鉴于20世纪90年代国内金融秩序较为混乱，特别是非法吸存、非法集资的严峻形势，国务院于1998年7月3日专门制定了关于《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》。其第3条规定，非法金融机构是指未经中国人民银行批准，擅自设立从事或者主要从事吸收存款、发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖等金融业务活动的机构。非法金融机构的筹备组织，视为非法金融机构；其第4条还对"非法吸收公众存款"和"变相吸收公众存款"进行了行业性解释："前款所称非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；所称变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。"这为准确认定非法吸收公众存款罪和正确适用刑法，提供了规范性的依据。[①]

通观关于本罪的立法过程，可以看出，国家启动刑罚机制的目的，在于打击所有违反国家金融管理法规，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为，包括个人、单位和金融机构的行为。

从以上非法吸收公众存款案的立法沿革可以看出我国对民间融资行为的规制是在近十年的金融市场的发育过程中，在国家金融力量与民间集资行为的博弈过程中逐步形成的，体现一种行政管理为主线，刑罚为辅佐的基本结构。与此同时，最高人民法院对借贷纠纷发布的若干司法解释，如《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》等，只承认公民之间以及与公民与企业或组织之间的融资为合法的民间借贷，适用自愿、协商的民法原则，把企业之间的融资视为金融监管框架内的行为。这些司法解释与《民法》、《合同法》的原则性规定一起，完成了对民间集资行为的民事责任体系的构造，使得对民间集资的法律规制呈现出立体化的结构。非法集资行为应当承担的责任如下：民事责任：《合同法》第58条、《民法通则》第106条，行政责任：《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第22条；刑事责任：《刑法》第176条。

① 参见赵秉志、万云峰：《非法吸收公众存款罪探讨》，载《人民司法》2004年第2期。

上述法律规制模式是建立在金融业务特许制的基本理念之上的，具有两个鲜明的特点：

（1）金融特许制度确立了市场准入的基本路径——监管机构批准或核准。我国对存款业务经营实行特许制，必须是经中国人民银行审核批准具有存款业务经营范围的金融机构才能开展存款业务。目前，我国能从事存款业务的金融机构有：商业银行、信用合作社、邮政储蓄、投资机构等。

（2）未经批准而进行的集资行为是否具有经济意义，仅仅影响其在刑法上的罪名，而不改变其因非法集资的属性。例如，不具有真实经济意义、纯粹以非法占有为目的的集资行为，可以列入集资诈骗的名下，而投入生产经济活动的资金筹集触犯的是吸收公众存款或擅自发行股票债券罪。因为，非法吸收公众存款罪的构成要件是“吸储行为”，并不要求考虑当事人所吸收资金用于生产、经营或者其他事业。

应该说，金融业务的特许制度以及金融监管的必要性成为共识。我国处于经济与社会转型时期，缺乏经济个体的自律意识和市场机制约束，监管者经验不足，因此对集资行为的法律管制可能更为严厉，具有强烈的“管制”而非“引导”的色彩，束缚了经济主体自主融资的手脚。尽管如此，倘若这一监管格局对所有经济实体都一视同仁，可能也不会遭到太大的非议。然而，近 10 年来金融改革的导向是重国有而轻民营，亲城市而疏农村，使得民营企业、特别是农村民营企业在金融利益的格局中几乎被遗忘。非法集资几乎成为其发展的必由之路，而苛峻的法律责任则成为悬在他们头上的达摩克利斯剑，孙大午无疑是一个典型的例子。

（二）民营企业发展中存在的困难

1. 我国民营企业发展中的问题。孙大午案件的本质反映了广大民营企业在发展中遇到资金瓶颈时的无奈选择。我国的民营企业发展本身就是一种自上而下的体制变迁的过程，政府的态度也是由默许到逐步认同。因此，民营企业的发展过程始终未得到政府的特殊关照，而且还面临着多方面的歧视。相关调查结果表明：我国私营企业的融资严重的依赖自我融资渠道。初创时启动资金大部分来自资金持有者、当初的合伙人以及他们的家庭；而在创业过后的后期投资中，仍然严重的依赖内源型融资渠道。此外，大型私营企业要走向成功，银行信贷在其融资中有举足轻重的作用，因其实力雄厚、信誉良好而容易获得银行的贷款；而中小型私营企业则由于竞争能力薄弱、稳定性差等特质，很难获得银行的贷款，转而主要依赖于内源融资（即企业自身的积累）和非正常渠道的外源融资（外源融

资即企业外部筹集的资金）。[1]

中小企业贷款难、融资难，难在何处？究其原因主要有以下几点：

（1）银行因素。中小企业资金需求的特点是一次性量小，频率高。这就决定银行对中小企业放贷的成本高；金融部门，尤其是国有商业银行长期受计划经济和传统意识的影响，“恐私”的心理相当普遍；国有商业银行的结构性市场退出也是中小企业贷款难的原因之一；最后还有一个原因是中小商业银行定位模糊。一些中小商业银行创建之初定位为中小企业服务，但在以后的竞争中，又逐渐转向跟随市场定位，热衷于向地方重点项目或大企业投资。

（2）中小企业自身因素。市场竞争能力脆弱，缺乏稳定性，使商业银行在发放贷款时不得不慎之又慎；其次，大部分中小企业内部管理不规范，尤其是财务管理不健全，不能向银行提供准确完整的财务资料，双方的信息不对称容易导致事前的不利选择和事后的败德行为，增加了银行的贷款风险。

（3）社会因素。中小企业的信用系统、担保系统的缺失使得其在贷款和企业发展时付出巨大的代价。[2]

中小企业贷款难的更深层次原因在于我国的信贷支持体系不完善，机制不健全。解决中小企业信贷难问题是一项艰巨浩大的系统工程，良好的信贷循环机制需要由政府、银行和广大中小企业共同打造。首先，要引导国有商业银行加强对中小企业的信贷支持。其次，应进一步规范、发展中小商业银行，强化中小银行为中小企业服务的性质。第三，设立专门服务于中小企业的政策性银行。第四，规范和引导民间信贷。第五，完善发展中小企业信用担保体系。第六，建立健全中小企业诚信体系。

2. 考察国外民营企业的融资方式。主要有以下几种：

（1）内源融资。其来源一是企业自身的积累和储蓄；二是某些暂时限制的可用来周转的资金，包括折旧准备及其他可节省的非现金资金等。这种方式构成中小企业筹集发展基金的主要渠道和基础方式。

（2）间接融资。指从专门的金融机构进行贷款，如意大利的合作银行、互助银行、国民银行等，日本的民间合作信用系统、地方银行、互助银行和工商组合银行。由于银行和其他金融机能发挥信息优势和规模经济效益，同时技术先进、管理规范，尽可能减轻信息不对称带来的不利选择和败德行为，降低交易成本，

---

① 参见张惠君：《民营企业融资与民间金融的发展》，载《广东轻工职业技术学院学报》2004 年第 9 期，第 46—47 页。

② 参见吴世亮、郭海婷：《中小企业贷款难如何破题?》载《中国高校科技与产业化》2005 年第 1—2 期。

因而，间接融资在各国企业融资中均占主要地位。

（3）直接融资。指通过发行企业债券和股票的方式从资本市场直接筹措资金，在为民营中小企业融资方面直接融资较间接融资有其优势。

（4）政府的融资支持。是指政府通过税收优惠、财政补贴、贷款援助等方式向中小民营企业提供资金支持。

通过比较可以看出，不管是从政府支持、银行贷款还是企业发行债券，我国民营企业受到的扶持都远远不够。其他渠道的融资困难迫使中小企业转向民间借贷这一途径。而民间借贷活动缺少法律和制度的规范，高利贷等违法活动相当普遍，具有分散性、盲目性、风险大等特点，因此在我国，民间借贷一度是一个受到严格限制的领域。随着我国市场经济的发展，为了实现资源优化配置，给以市场主体更多的选择空间是十分必要的。

（三）对民间融资的规制

1. 两种态度。民间金融的存在，在中国早已是一个公开的秘密，尤其在江浙闽等地，民间金融已经成为民营企业融资的一个重要来源。浙江是我国中小企业融资问题解决比较好的一个省份，尤以温州为代表。民间借贷是温州中小企业融资的主要形式，所占比例在70%以上。随着中小企业的发展，温州的民间融资规模增加了2倍多。温州不仅因其“温州模式”而著名，其特殊的融资模式——发达的民间金融在全国也是大名鼎鼎。“温州模式”的两大特点就是个体私营经济在整个地方经济中的比重很大和市场导向的经济运行机制，个体私营经济的发展内生出对民间融资的需要，市场导向则给予了民间金融很大的发展。在各种形式的民间金融中，对温州经济发展起较大作用的有以下几种：最大的是民间借贷，其次是农村信用社和城市信用社，再次是各种会和其他的民间金融。温州经济发展给我们的启示是：要解放思想，勇于承担风险；同时政府要积极构建民间金融制度，为经济发展创造良好的融资环境。

应当指出，民间融资与事实上广泛存在的地下钱庄存在本质上的区别。前者是民间个人或者企业间的非职业化的资金融通行为，后者则是一种非职业化的为规避国家监管而进行的非法金融活动。由于民间融资行为在一定程度上有助于弥补正轨金融现状的缺陷，因而有关监管机关既没有保护也没有禁止。可以预见，随着正轨金融机构的完善和利率的市场化，民间借贷的空间也将逐步减少。但地下钱庄则不同，由于其本身是以非法手段和违法国家管理规定破坏金融秩序为前提，所以不可能将它们的存在合法化和公开化。[①]

---

① 参见王自力：《“地下钱庄合法化”是个馊点子》，载《银行家》2004年第10期。

一直有两种对待民间金融的态度同时并存。一种观点认为，民间金融的存在扰乱了国家金融秩序，因为处于政府的正常监管之外，容易产生高利贷盘剥，还常常成为洗钱的温床，应该予以严厉打击；另一种观点认为，民间金融的存在本身就说明市场是有多种形式和层次的。既然银行不能适应中小企业的贷款需求，那么政府与其让民间金融偷偷运营，不如将一些运作较为规范的民间金融活动纳入政府的监管，使其在阳光下运作，这样更容易让人们分辨哪些是规范的机构。

2. 疏胜于堵。可以说，民间金融繁荣是金融压抑的必然结果。金融压抑和低效率的国有银行垄断造成的严重的信贷歧视，使非国有经济部门深受其害。在这样的背景下，全国中小企业约有三分之一多的融资来自非正轨金融渠道。从经济学意义上讲，金融压抑扭曲了资金配置。地下金融的繁荣是对金融压抑的一种市场反映，最令人担忧的后果就是其中的非法融资有自我制度化的趋势，使将来的改革成本无限加大的加大。在转轨体制下，增强打击力度和稽查密度是压抑地下金融蔓延的有力措施，但根本还在于渐进放松金融压抑，规范民间融资，采取疏导的方式而非一味堵截。[①] 民间融资不仅是解决中小企业融资的重要方面，而且也为社会公众提供了更多的投资选择，因此，政府对于民间融资应变“堵”为“疏”——给予其积极的引导、监督和管理。

从犯罪的分类来看，犯罪可以分为自然犯和法定犯，前者是无需依赖法律的规定，其在性质上违反社会伦理被认为犯罪者，也称刑事犯，后者是本来不违反社会伦理，根据法律的规定被认为犯罪者，在由于行政取缔的目的上被认为犯罪的意义上，也称为行政犯。[②] 非法吸收公众存款罪乃至所有的金融犯罪，从道德评价的层面上分析，只在很低的程度上体现犯罪人的自然犯性质，即没有很强的违反社会伦理性，而更为突出地体现了对抗政府既定制度的法定违规性，即更多是由于法律的规定导致的行为人犯罪。虽然犯罪人非法敛财、目标指向无辜者，但在很大程度上犯罪人针对的是现存有关制度，他们或许存在一个良好的动机，由于动机的实现在现存制度的约束下无法达成，于是选择了成本较低、效率更高的方法。这种方法在现存制度规范看来就是非法，情节严重的就是刑法上的犯罪。然而，在犯罪者看来，可能一些落后的现存制度才是“恶”，而他的打破行为正是寻求公平、惩恶扬善的行为。[③]

因此，仅仅依靠刑法的制裁是很难减少和杜绝这些犯罪的，甚至刑法的制裁

---

① 参见傅勇：《民间地下融资疏胜于堵》，载《证券日报》2005 年 1 月 16 日。

② 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 97 页。

③ 参见肖中华：《论非法集资犯罪的制度防范和刑法刑法惩治》，载《人民检察》2000 年第 10 期。

有时无法获得社会的普遍认同和罪犯对刑罚的内心服从。防范此类犯罪，根本而言要从制度上着手，从金融法律制度上作深层次的考察，对民间金融制度的构建可以分两步进行：首先给民间借贷以合法地位，承认民间借贷的合法地位在短期内可能会导致银行存款余额的下降，但在长期内有利于经济的发展，有利于整个金融业的发展，因此也有利于银行存款余额的增加，而且给民间借贷以合法地位还有利于打击高利贷；第二步，通过发展民营中小银行逐步取代它们。[①] 这里的中小银行是指资产相对国有商业银行较少的中小社区银行和乡村银行。现存的问题是，市场准入条件过高，应当在建立民营银行市场准入法规，严格市场准入的同时，进一步降低市场壁垒，取消对中小银行的各种歧视性政策和限制，向其全面开放市场，使中小银行享受国民待遇。

（四）立法完善探讨

1. 相关案例考察。大午集团在发展的过程中遇到的资金短缺以及融资困难是一个世界普遍的现象。简单考察 20 世纪 90 年代后期以来发生的十余起非法吸收公众存款罪的案例：中恩教育集团案（2000 年判决）：福建福清教育集团董事长张敦恩从 1991 年开始独资创办侨兴幼儿园、侨兴中学、中恩职业中专等十一所学校。由于资金不足，自 1995 年至 1998 年间，以中恩学校教育企业基金会等机构的名义以及个人名义，以高利率向社会公众吸收存款，合计人民币 1.4 亿元。因无法偿还而在 2000 年被判刑 9 年。铁佛一心副食品合作店案（1998 年判决）：这家小店有着集体企业家底薄、人员多、包袱重的通病。商店经理在上级的默许下发动职工以及周边居民集资 100 万元用于店面装修以及经营活动。因经营亏损、商品贬值，存款无法偿还，经理最后被判刑 4 年。红高粱案件（2002 年判决）：红高粱快餐连锁有限公司曾是中国快餐业的一个美丽神话。创办人乔梁曾扬言“与麦当劳一决雌雄”，短短一年内就在全国开设了 20 多家分店，并计划在 2000 年内达到 2 万家分店。然而神话未能实现，乔梁因经营扩张中向公众吸收 2 000 多万元而要在监狱中度过 4 年。

可以看出，这些案件基本上都属于金融机构之外的单位和个人以办实业或者办教育的名义，未经金融监管机关批准吸收公众存款。与孙大午案不同的是，这些吸储者一般都支付了较高的利息，最终因为资金链的断裂而无法偿还，结果锒铛入狱。其中也有一些案件与孙大午案有一定相似性，因此吸储者的结局也更让人扼腕。

---

① 参见胡一荆：《民间金融与地方经济发展——温州融资模式的启示》，载《南方经济》2003 年第 3 期。

这些案件在某种程度上都闪耀着孙大午案件的影子。然而主角的命运却有天壤之别。或许他们都不具有孙大午的个人魅力，但个人魅力在量刑上能起这样大的作用，姑且不论其在法理上能否成立，实在也是罕见。正因为如此，孙大午案件有典型意义，但不能说他的判决结果也有典型意义。就在孙大午所在的徐水县，不久前刚出现了一桩因集资数百万元而入狱 8 年的案件。这就说明，在孙大午被判决之后，民营企业筹资仍然处于困境之中。

那么，对现有民间融资的法律规制模式究竟存在什么问题？解除对民营企业的融资限制是否是一种必然的选择？是否必须动用刑法这一最终的调整手段？是否意味着现行监管模式与法律框架与民营这一现在中国最具活力的经济形态的发展无法共存？为了避免陷更多的孙大午于“不义”，是否必须取消刑法中的非法吸收公众存款罪，普遍的赋予企业自主融资的权利？①

2. 立法完善建议。非法吸收公众存款罪，在确立初始发挥了重要的作用，但是随着民间借贷现象日益频繁，其现行规定的合理性和时代性值得深入思考。从我国经济发展的速度和前景来看，市场经济将日益活跃，市场经济主体将走向多元化（如民营企业的发展壮大），市场条件下的法律关系将更加多维化，市场主体的自主权将趋扩大化。因此，刑事立法既要成为惩治破坏市场经济秩序的锐利武器，又不能成为社会主义市场经济的障碍。刑事法律特别是刑法要不断切合社会发展的需要，及时做出修正。完善的建议主要有以下两种：

一种观点认为：作为行政犯的非法吸收公众存款罪，在认定上应该对照相应的金融法律法规来理解。本罪性质上属于非法金融活动，而商业银行法和《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》（以下简称《取缔办法》）明确把非法金融活动分为三类：①非法吸收公众存款；②非法集资；③非法放贷、贴现、拆借等。①和③类均有相应的罪名，而非法集资只有使用“诈骗手段并占为己有”的才可能构成集资诈骗罪，因此容易造成民间借贷、非法集资的行为在适用非法吸收公众存款罪上的困惑。为了对应行政法律法规，有学者建议将非法吸收公众存款罪分立成两个罪名，即非法吸收公众存款罪和非法集资罪。前者专门规制金融机构违反国家金融管理制度，非法吸收公众存款、扰乱金融秩序的犯罪行为，使罪名和主体业务达成一致。非法集资罪规制非金融机构或个人违反金融管理制度和民事法律，非法募集公众资金，扰乱金融秩序，情节严重的行为。使用诈骗手段，非法集资占为己有的行为，则构成现行之集资诈骗罪。这样就把非法吸收公

① 参见刘燕：《发现金融监管的制度逻辑——对孙大午案件的一个点评》，载《法学家》2004 年第 3 期。

众存款、非法集资、集资诈骗和民间借贷清楚地区分开来，这样既有利于刑法的理解和适用，更重要的是不会把普通行政违法的非法集资、正常的民间借贷用刑法规制。毕竟，刑法不是万能的，刑罚也不是万能的。

这种观点从行为主体出发，将非法吸收公众存款罪具体细化为非法吸收公众存款罪和非法集资罪两种罪名，将非法吸收公众存款、非法集资、民间借贷区分开来，有效避免了刑法对普通民事违法、行政违法行为的过分渗透，符合刑法谦抑的原则，是有可取之处的；但是，吸收资金用于发放贷款与用于自身生产经营行为的危害性毕竟是不同的，没有将其分开考虑是这种观点的不足之处。

另一种观点认为，许多个案根本不考虑企业或个人吸收资金是以放款为目的还是为解决企业自身发展需求；不考虑是否存取自由、是否造成损害后果、是否具有侵占、诈骗的故意等特征，完全抹煞“非法吸收公众存款”与其他两种吸收公众资金行为（集资诈骗和擅自发行公司债券）的本质差别；抹煞商业银行业务与民间借贷行为之间的差别。这一扩大化的倾向与入世后打破金融垄断、民间金融逐步合法化的趋势完全背道而驰，甚至比 20 世纪 90 年代初的司法标准还要保守和苛刻。认为“非法吸收公众存款罪”似乎有另一种解释，就是非法吸收公众原本会存到银行金融机构去的存款的简称。“存款”的意思是这些钱如果不是因为非法集资就应该成为银行的存款。行为人虽然没有对“存款人”的财产造成损失，但必须对银行金融业务被抢而造成银行的损失及其储户的“恐慌”负责。这是一种很霸道的逻辑。所谓该罪的危害不是对非法集资行为所涉及的公众的利益的危害，而是对金融机构的垄断利益构成了危害。这就把损害金融垄断者的利润和危害金融管理秩序混为一谈。因此，从本质上说，非法吸收公众存款罪罪名的扩大化必然导致对金融机构垄断的强化，从长远来看，对银行等金融机构是有百害而无一利的。

从国家允许民间借贷，“事实上也不可能禁止”的事实可以知道，法律禁止非法吸收公众存款，并非禁止公民、企业和组织吸收资金，而是禁止公民和其他组织未经批准从事金融业务，像金融机构那样，用所吸收的资金去发放贷款，去进行资本和货币经营。能够用吸收的资金进行资本和货币经营，正是金融业区别于其他行业的所在。因此，非法吸收公众存款罪所指的“存款”应该是从资本、货币经营的意义上讲的。只有在这个意义上去理解“存款”，才能解释清楚民间借贷与银行吸收存款的区别，才能找到合法的民间借贷与非法吸收公众存款的合理界限。否则，就落进这样一个在逻辑上难以自圆其说的机械推理的局面——个人或者单位向十个人借款甚至向一百个人付息借款，是民间借贷，不算非法吸收公众存款；而对其向更多的人借贷却按非法吸收公众存款处理，其间没有明确的

界限。

这种观点从借款与存款的区别出发，将吸收资金用于生产经营等非放贷目的的行为区别于用于发放贷款的行为，充分考虑了两者社会危害性的不同，是比上述观点的进步之处；但将前种行为完全合法化则有不妥之处，毕竟此种行为对金融秩序是有扰乱的，达到一定严重程度就应当由刑法介入调整。

从立法演进来看，非法吸收公众存款罪是为了整顿和规范当时较为混乱的金融，打击和惩治猖獗非法吸收公众存款、严重扰乱金融秩序的违法行为而设立的。由于当时打击的急需和立法技术的原因，本罪的立法采用了简单的叙名罪状的方式，对犯罪的必要构成要件规定的十分粗放模糊，再加上相应的立法解释和司法解释没有跟进，造成理解上的困难。因此，应当对本罪的构成要件加以细化，如从犯罪主体的范围、存款的用途、存款人的数量、存款的规模、给存款人造成的损害、对金融秩序的扰乱等做出权威的立法或者解释，澄清对本罪的理解。①

笔者认为，应从该罪保护的法益出发，同时从行为主体的不同和行为目的的不同，对本罪进行剥离，将其分为两个法条，即非法吸收公众存款罪和非法集资罪，分三种情况分别处理。①金融机构违反国家金融管理制度，非法吸收公众存款、扰乱金融秩序的行为，归入非法吸收公众存款罪，可使得其罪名与主体业务达成一致；②对于实际上没有合法主体资格的个人或者单位吸收公众资金用于发放贷款的，由于其实施了只有合法金融机构才可以进行的金融业务，行为本身无疑是扰乱了金融秩序，应以非法吸收公众存款罪论处；③对于没有合法主体资格的个人或者单位吸收公众资金用于生产经营等其他发放贷款以外的合法用途的，实际上没有实施只有合法金融机构才可实施的限制性金融行为，不应定非法吸收公众存款罪。一般情况下，这种行为应按民事法律关系调整，或者按行政违法处理，而不必动用刑法，情节严重的，可以定非法集资罪。由此区别于主体和行为目的都不同的非法吸收公众存款罪，同时也避免了单纯以行为对象的多寡来决定出入罪的弊端，使人不至发出究竟向多少人吸收资金才构成非法吸收公众存款罪的疑问。只有借款的同时发放贷款从而成为事实上的超越法律之外的金融行为，规模达到一定程度并且已经对债权人造成了严重的实际危害后果才能被界定为刑法上的非法吸收公众存款的行为。而对于一般的只用于自身发展的民间借贷，刑法应当尽量避免干预。

---

① 参见赵秉志、万云峰：《非法吸收公众存款罪探讨》，载《人民司法》2004 年第 2 期。

九、结语

孙大午案件已经尘埃落定，但关于孙大午的感慨和反思并未结束。这一案件反映了民营企业在发展过程中遇到资金难题时的无奈选择。当企业的发展迫切需要资金的时候，当合法的金融机构难以发放贷款的时候，铤而走险就成为民营企业家的选择。企业家以自己的实际行动创造了新型的商业关系，企业家也以自己的实际行动突破了现行法律规则。应当考虑的是我们的法律和行政法规为什么让孙大午走上了这一步?[①] 是否如中国私营经济研究会副秘书长张厚义所评论的：非法集资这个词，很快就会与投机倒把这个词一样成为历史?

金融秩序无疑是重要的，但是我们要建立和维护的金融秩序应该是符合现代市场经济制度的金融秩序，而我国现存的完全由政府垄断的金融秩序对经济发展和社会进步的阻碍作用日渐凸现，广泛存在的民间借贷和屡禁不止的非法金融市场也从一个侧面说明了金融垄断的不合理性。把扰乱金融秩序作为界定民间借贷社会危害性的标准需要慎重，有必要认真反思金融秩序本身是否合理。和整个国家的金融体系相比，民间借贷尤其是农村民间借贷有限的规模决定了其对金融秩序的不良影响是十分有限的。因此，刑法在界定非法吸收公众存款罪的社会危害性的时候，应当着重考虑民间借贷事实上对债权人利益造成的实际损害，而不是笼统的“扰乱金融秩序”。

对于严重损害债权人利益的大规模民间借贷，行政管理乃至刑罚处罚都是十分必要的。但是法律不应当为了防范金融风险就堵死了中小企业民间融资的渠道，尤其是刑法的适用必须非常谨慎。《取缔办法》对于非法吸收公众存款行为的界定导致了大量民营企业的非法生存状态，非法吸收公众存款罪概念不清导致司法实践中该罪名的扩大化适用已经造成了个别优秀民营企业家被判刑。大部分民营企业家在创业过程中都曾有过向不特定对象借款的经历，如果把《刑法》第176条按照国务院发布的《取缔办法》的标准解释并严格执行，将有大批民营企业家被判有罪，对我国经济发展和社会进步是不利的。

有关法律法规未能明确区分该犯罪行为与合法的民间借贷的界限，增加了中小企业主在融资过程中的人身自由的风险，在一定程度上阻碍了经济发展。为了像大午集团这样的民营企业拥有一个更加广阔的发展空间，为了从法治的角度推进中国金融体制改革和市场经济的进步，有必要对现行的金融监管体制进行改

---

① 参见乔新生：《民营企业家，金融监管制度的祭品——孙大午案件分析》，载《法律与生活》2003年9月（下），第36页。

革，合理引导和规制民间金融的发展，相应的对现行刑法规定的非法吸收公众存款罪做一修正，从行为主体和行为目的双向区分非法吸收资金的行为，使刑法对非金融机构吸收资金用于非发放贷款目的的行为的介入和调整降低到最低限度，使其成为保护民间金融和金融秩序的不必轻易动用的最后一道防线。

（撰稿人　刘媛媛 * ）

* 天津商学院法政学院，法学硕士。

附录：

河北省徐水县人民法院刑事判决书

（2003）徐刑初字第192号

公诉机关：河北省徐水县人民检察院

被告单位河北大午农牧集团有限公司，住所地徐水县高林镇郎伍庄村。

诉讼代表人刘平，女，1974年5月21日出生，河北大午农牧集团有限公司副总经理。

辩护人许志勇，北京邮电大学文法学院讲师。

被告人孙大午，曾用名孙大悟、孙振华，男，1954年7月8日出生于徐水县高林镇郎伍庄村，身份证号码：132423195407080031，汉族，中共党员，大专文化，河北大午农牧集团有限公司法定代表人、董事长，住大午集团宿舍。2003年5月29日因涉嫌非法吸收公众存款罪被刑事拘留，同年7月5日由徐水县公安局执行逮捕，现押于徐水县看守所。

辩护人朱久虎，北京博景泓律师事务所律师。

辩护人张星水，北京京鼎律师事务所律师。

河北省徐水县人民检察院以徐检刑诉（2003）第110号起诉书指控被告单位河北大午集团有限公司，被告人孙大午犯非法吸收公众存款罪，于2003年9月30日向本院提起诉讼。本院依法组成合议庭，于2003年10月30日公开开庭审理了本案。徐水县人民检察院检察长高素英、代理检察员张津生、马晨阳出庭支持公诉。被告单位河北大午农牧集团有限公司诉讼代表人刘平、辩护人许志勇，被告人孙大午及其辩护人朱久虎、张星水到庭参加诉讼。现已审理终结。

河北省徐水县人民检察院指控：河北大午农牧集团有限公司为筹集资金，未经中国人民银行批准，以高于银行同期利率、不收利息税为手段，通过下设代办点的方式变相吸收公众存款。河北大午农牧集团有限公司法定代表人、董事长孙大午在任期间，由主管财物的办公室副主任刘会茹（在逃）负责，仅1998年以来就变相吸收公众存款14 385 418元，涉及储户523人。公诉机关就指控的上述事实向本院提交了孙二午、孙志华等证人证言、被告单位营业执照复印件、董事

会成员名单，被告单位与人民银行对应存款利率调整记录，孙大午签署的借款利率调查表以及该表上孙大午的笔迹司法鉴定，被告单位给存户出具的存款借据复印件，被告单位被金融监管部门查处的证明等证据。公诉机关认为被告单位河北大午农牧集团有限公司、被告人孙大午的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第167条的规定，构成非法吸收公众存款罪，要求依法追究刑事责任；同时提出了从轻处罚的公诉意见。

被告单位诉讼代表人刘平提出大午公司吸收的资金没有用于挥霍转移，并当庭出示1996年4月25日县长讲话，大午公司董事会会议记录的证据材料。被告人孙大午对起诉书指控其犯非法吸收公众存款罪的事实无异议。被告单位的辩护人许志勇、被告人孙大午的辩护人朱久虎均提出大午公司的行为属于合乎民事法律的民间借贷行为，不构成犯罪；被告人孙大午的辩护人朱久虎还提出刑法第167条的规定不明确，没有相应的司法解释，国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》不能解释刑法，不能作为判决的依据，根据罪刑法定原则，对被告单位大午公司、被告人孙大午的行为不能定罪。被告人孙大午的辩护人张星水辩护提出该条法律规定不具体，立法规定不合理；被告单位大午公司的辩护人、被告人孙大午的辩护人当庭出示对证人张庆余、曹玉林等7人的调查材料和对存款户李秀梅等109人的调查制表等证据。

经审理查明：被告单位河北大午农牧集团有限公司（以下简称大午公司），未经中国人民银行批准，经被告人孙大午决策，招收代办人员，设立代办点，于2000年1月至2003年5月间，以多于银行同期存款利率，承诺不交利息税的方式，出具名为“借款凭证”或者“借据”实为存单的制式凭证，向社会公众变相吸收存款1 627单，共计13 083 161元，涉及611人。

上述事实，有公诉机关当庭出示的下列证据证明：

1. 被告单位营业执照、董事会成员名单证实被告单位大午公司于1996年10月30日组建并在河北省工商局登记注册，董事长孙大午为法定代表人。

2. 中国人民银行徐水县支行证明，孙大午署名的大午公司利率调查表，以及对该表上孙大午笔记的司法鉴定，证实被告单位大午公司经孙大午同意，在未向中国人民银行申请过《经营金融业务许可证》，银行未曾批准其办理任何金融业务的情况下，以高于银行同期利率的方式，吸收公众存款。

3. 孙二午、孙志华、张平、卢志英证言证实大午公司经孙大午同意以借款的形式吸收资金，曾被银行查处；孙二午、孙志华、张平并证实大午公司和孙大午并未确定吸储的范围。

4. 曹玉林、张庆余、杨秀鸾等10名代办人员的证言证实受被告单位聘用，

设立代办点，到周边村镇吸收存款，出具借款凭证和借据，利率高于同期银行存款利率，承诺不交利息税，并证实大午公司和被告人孙大午未限定吸储范围。

5. 存户曹文斌、董树鹏、薛树军等 462 份证言均证明不是大午公司职工，与被告人孙大午没有任何关系，并证明在大午公司自由存款。

6. 朱三臣、房晓明证言，中国人民银行徐水县支行查处被告单位非法吸收公众存款的处理决定，被告单位向人民银行所作的是清退吸储的报告等证据证实大午公司因非法吸收公众存款多次被国家金融监管部门查处。

7. 提取的 1 627 份单储户“借款凭证”和“借据”，大午公司相应的微机账目以及相关储户证言证实大午公司于 2000 年 1 月至 2003 年 5 月间共吸收公众存款 13 083 161 元，涉及 611 人。

8. 被告人孙大午供述经其同意，以高于银行同期利率吸纳公司内部职工和周边村民的资金，金融部门令其停办后，由其决定采用出具借款凭证和借据的形式继续招募资金，共向民间借贷 3 000 余万元，其中通过中介人借款 2 000 万元左右，与上述证人证言，书证等证据证明的相关情节相互印证。

上述证据，经法庭调查质证，本院予以确认。

对指控的被告单位大午公司吸收胡凤芹、刘福生等 82 人存款 1 302 257 元证实，公诉机关未提供大午公司向存储户出具的“借款凭证”、“借据”等主要证据，证据不足，本院不予认定。

被告单位诉讼代表人刘平当庭出示的 1996 年 4 月 25 日县长讲话证明县长要求采取各种办法集中闲散资金办大事，对反驳指控事实的定性不具有关联性；大午公司董事会会议记录证明大午公司在金融监管部门查处后，采取措施停止吸收存款行为，经查金融监管部门对大午公司非法吸收公众存款的行为多次查处，大午公司并未停止吸储行为，且掩盖事实，提供虚假报告，有朱三臣、房晓明证言，中国人民银行徐水县支行的处理决定，被告单位向人民银行所做的清退吸储的报告等证据证实，对被告单位诉讼代表人刘平当庭出示的证据不予采信。辩护人当庭出示的对张庆余、曹玉林等 7 人的调查材料证明大午公司募集的资金是借款。经查，代办人员为大午公司代办吸储业务，有存款户的证言、约定存款利息的借据以及大午公司微机账目证实，张庆余等人亦在侦查阶段证实为被告单位、大午公司代办吸收公众存款业务，与上述证据相互印证，辩护人当庭出示的张庆余等人证言所证与事实不符；辩护人当庭出示的对存款户李秀梅等 109 人的调查制式表证明被调查人与代办人员有亲友关系，但不能证明是被告单位大午公司的职工，或者与被告人孙大午有亲友关系，且上述证人均已经侦查机关调查证明在

被告单位存款，与被告单位和被告人孙大午没有任何联系，故对辩护人提供的上述证据不予采纳。

本院认为，被告单位河北大午农牧集团有限公司未经国家金融监管部门批准，违反金融管理法规，招收代办人员，设立代办点，以高于银行同期存款利率，承诺不交利息税的方式，出具名为“借款凭证”或“借据”，实为存单的制式凭证，向社会变相吸收存款 1 627 单 13 083 161 元，涉及 611 人，严重扰乱了金融秩序，已构成非法吸收存款罪，且数额巨大、涉及范围广；被告人孙大午身为被告单位河北大午农牧集团有限公司的法定代表人、董事长，对被告单位非法吸收公众存款的行为作出决策，系被告单位直接负责的主要人员，亦构成非法吸收公众存款罪，依法均予以惩处，公诉机关指控罪名成立。被告单位河北大午农牧集团有限公司招收代办人员，设立代办点，在吸收资金的过程中，将吸收资金的对象扩大到社会不特定的多数人，吸收资金数额扩大，涉及范围广，与借贷对象特定的民间借贷存在着本质不同，被告单位河北大午农牧集团有限公司的辩护人、被告人孙大午的辩护人辩护提出的被告单位吸收资金是民间借贷，被告单位河北大午农牧集团有限公司和被告人孙大午不构成犯罪的意见不成立，本院不予采纳。《刑法》第 176 条规定的非法吸收公众存款罪，侵犯的是国家金融管理秩序，违反的是金融管理法规，评判某一行为是否违反金融管理法规，具有明确的法律法规为依据，《刑法》第 176 条对该罪的构成作了明确规定，不能因为没有相关的司法解释作为不适用的理由。因此，被告人孙大午的辩护人提出的《刑法》第 176 条规定不明确，没有司法解释，根据罪刑法定原则，不能对被告单位、被告人定罪的辩护，依据不足，本院不予采纳；提出的国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》不能用于解释刑法，系其自己的理解，公诉机关并未以此作为解释刑法、指控犯罪的依据，其辩护意见，本院不予采纳。被告单位河北大午农牧集团有限公司非法吸储款项的资金，用于企业经营，尚未造成被吸储款项损失的后果，可以依法从轻处罚；被告人孙大午认罪，愿意承担法律责任和对非法吸收的公众存款的清退责任，存悔罪表现，不致再危害社会，依法可以适用缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第 176 条、第 72 条规定，判决如下：

一、被告单位河北大午农牧集团有限公司犯非法吸收公众存款罪，判处罚金 30 万元。（罚金于判决生效十日内缴清。）

二、被告人孙大午犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年；罚金 10 万元。（缓刑考验期限自判决确定之日起计算；罚金于判决生效后十日内缴清。）

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起10日内通过本院或者直接向河北省保定市中级人民法院提出上诉，书面上诉的，应当提交上诉状正本1份，副本两份。

审判长：高彦群
审判员：崔永江
审判员：赵春林
2003年10月30日
书记员：居斌
刘新童
河北省徐水县人民法院印章

林朝晖合同诈骗案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、合同诈骗罪与合同纠纷、合同欺诈的区别
六、合同诈骗罪中“非法占有目的”的理解与认定
七、本案中与单位合同诈骗罪相关的几个问题
八、本案涉及的程序问题
九、结语
附录：福建省龙岩市中级人民法院刑事判决书

一、选案理由

合同诈骗犯罪是经济领域常见多发犯罪之一。在合同诈骗罪的认定中，如何区分本罪与合同纠纷及合同欺诈行为，如何区分本罪的单位犯罪和个人犯罪形态，一直是困扰司法机关的难点问题。本案在这两方面存在的问题具有典型意义，被中国审判案例要览（2003年刑事审判案例卷）收入，因而入选本书。

二、基本案情

被告人林朝晖，男，1970年3月3日生，汉族，福建省龙海市人，私营业主，系漳州市闵友新型建材有限公司经理（法定代表人），2001年10月17日因涉嫌合同诈骗被刑拘，同年11月23日被逮捕。

一审法院查明：东港公司和闵友公司均是经漳州市工商行政部门登记核准的

具有法人资格的企业。东港公司的法定代表人（总经理）为严宏根，闵友公司的法定代表人为林朝晖。东港公司的法定代表人严宏根于2000年9月8日在漳州市公证处公证委托林朝晖为其代理人，办理代理权限范围内的有关业务，委托代理期限从2000年9月7日至2001年9月6日。在委托期限内严宏根并未委托林朝晖办理东港公司购买水泥业务且2001年3月份东港公司账户上也没有履行购销水泥的资金。

2001年3月份，被告人林朝晖以漳州东港房地产开发有限公司总经理（以下简称东港公司）的名义向永富水泥集团公司谎称东港公司开发房地产需要水泥，并以东港公司的名义与永富公司签订了购销水泥2万吨，价款总计500余万元，履行期限至2001年12月31日的合同。被告人先承诺近期内会办理300万元的银行承兑汇票给永富公司，3月20日左右林朝晖以其资金未到位，办理银行承兑汇票保证金不足为由要求永富公司代垫保证金40万元。3月23日永富公司销售经理林树荣、财务科长卢林学等人带了40万元到漳州与林朝晖见面，林又称以东港公司的名义较难办到银行承兑汇票，而闵友公司的信誉好，容易办到承兑汇票，要求永富公司与闵友公司再签一份合同，以便办理承兑汇票，于是林朝晖又以闵友公司法定代表人的身份与永富公司再签了一份水泥购销合同，合同内容及签订时间与前一份一致。林树荣、卢林学等人与林朝晖一起将40万元拿到漳州农业银行开设保证金专户时，为使保证金不被林朝晖挪作他用，提出预留的私章用永富公司总经理陈祥发的，并且所交入的款项只能作为办理银行承兑汇票之用，林朝晖表示同意。但在双方人员到农行漳州支行营业部办理开户、预留印鉴后，林朝晖又擅自到银行将陈祥发名字的预留印鉴改成自己名字的预留印鉴。保证金存入闵友公司的保证金专户以后，林朝晖并没有按事先承诺办理300万元的银行承兑汇票给永富公司，仅于3月26日办理了一张40万元的全额质押的银行承兑汇票给永富公司。

2001年3月28日，林朝晖又到永富公司，仍以资金未到位为由要求永富公司再代垫40万元的保证金，他回去即再办理260万元的银行承兑汇票给永富公司。永富公司即派卢林学携带40万元与林朝晖到漳州银行将40万元存入保证金专户。钱存入后林朝晖并未将银行承兑汇票给卢林学，而是以种种借口避开卢林学。3月30日，林朝晖即将该笔40万元资金从保证金专户转到闵友公司的基本账户，同日取出10万元现金，用于处理其与周冬升之间的债权债务，4月6日又取出30万元现金，用于闵友公司购置设备、原材料等。之后被告未要求永富公司发货也未再办理银行承兑汇票给永富公司。永富公司在签订了合同并代垫保证金后多次催促林朝晖办理银行承兑汇票或偿还代垫的大额保证金，林朝晖均以各

种借口借故不予办理，拒不见人及接电话，以此来躲避与永富公司方的接触。2001 年 8 月，在永富公司向公安机关报案后，被告人被迫偿还了永富公司 5 万元。

此外，2001 年 3 月至 8 月间，林朝晖又以东港公司法定代表人的名义称东港公司开工需要水泥并以闵友公司的名义分别同龙岩小池水泥厂、闽西海狮水泥集团、武平天凤散装水泥厂签订了 2.7 万吨、价款总计 800 余万元的水泥购销合同，且都是先由各水泥厂为闵友公司代垫办理银行承兑汇票的保证金。合同签订后，林朝晖仅以现金向闽西海狮水泥集团公司购买了约 60 吨的水泥用于闵友公司制造空心隔墙砖，其余合同均未履行。经查询闵友公司的银行存款账户，其账户上的资金表明闵友公司无能力履行上千万元的合同。

三、裁判要旨

被告人林朝晖假冒其他公司总经理的身份，利用该公司的资质取得第三方公司的信任，以被假冒的公司及第四方公司的名义与第三方公司签订合同，在签订合同的过程中，虚构履约能力，在收取第三方公司为其代垫的在银行开设保证金专户所需保证金后，没有履行合同的实际行动，还将保证金用于其他经营活动；足以表明行为人以签订水泥购销合同为手段，非法占有他人财产为目的的主观故意。因此，有关行为构成合同诈骗罪。

四、引发的理论问题

公诉机关福建省永定县人民检察院指控：被告人林朝晖以非法占有为目的，在签订、履行合同的过程中，虚构事实，骗取他人财物，数额巨大，依法应当以合同诈骗罪追究其刑事责任。

林朝晖辩称，闵友公司与永富公司的关系是借贷关系，属于经济纠纷且其没有诈骗永富公司的故意，行为更不属于合同诈骗。林朝晖的辩护人辩称，被告人林朝晖的涉案行为不构成犯罪，理由是：①林朝晖系东港公司法定代表人严宏根的全权代理人及闵友公司的法定代表人，东港及闵友是经工商行政部门登记核准的合法企业，林朝晖以上述两家公司名义对外的业务均是合法的，且东港公司和闵友公司均有履行合同的能力。②永富公司预借保证金给闵友公司属于企业间的借贷合同关系，闵友公司与永富公司发生经济纠纷是因为永富公司违约引起，林朝晖没有非法占有永富公司保证金的主观故意，本案属于常见的企业间的经济纠纷。

同时认为：①本案的犯罪地在漳州，犯罪嫌疑人居住地也是在漳州，故永定

县公安局对本案不具有侦查权，本案也不应由永定县司法机关处理；②本案中如果林朝晖有罪，则永富公司的相关责任人也应当依照《刑法》第406条的规定以国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪依法追究刑事责任。

显然，控辩双方的争议集中在以下几个方面：①本案到底是经济合同纠纷还是合同诈骗呢？②被告人主观上是否具有非法占有他人财产的故意？在被告人并没有明示的行为表示拒不履行合同时，应当如何通过行为人的外在行为判断其是否具有非法占有他人财产的主观故意？③本案究竟是单位犯罪还是自然人犯罪？④本案中司法机关认定被告人的行为属于单位犯罪，而最后的判决却只对被告人林朝晖判处有期徒刑并处罚金，没有处罚单位，这是否正确？⑤永定县公安局对本案是否具有侦查权，本案是否应由永定县司法机关处理？

由此引发了以下刑法理论问题：

1. 如何区分合同诈骗罪与合同纠纷、合同欺诈？
2. 如何认定合同诈骗罪中的“非法占有目的”？
3. 如何认定是单位合同诈骗罪还是自然人合同诈骗罪？
4. 单位犯罪中自然人单独承担刑事责任的法理依据何在？
5. 刑事案件管辖权问题如何解决？

五、合同诈骗罪与合同纠纷、合同欺诈的区别

合同诈骗罪是指以非法占有为目的，在签订、履行合同的过程中，以虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。[①] 该罪于1997年新刑法典根据我国客观形势发展情况及司法实践的实际需要在第224条中增设，并且具体列举了五种行为方式，这种在法典中不厌其烦的列举，本身就说明立法者的良苦用心，以及该罪在认定上的难度。在实践中，合同诈骗罪与合同纠纷、合同欺诈及其他诈骗犯罪有许多相似之处，但又有诸多不同。

构成合同诈骗罪有三个必要条件，这也是区分合同诈骗罪与其他诈骗罪及合同欺诈行为的着眼点，具体而言分别是：①主观目的：合同诈骗罪是目的性犯罪，行为人具有“非法占有”对方财物的主观故意，是认定合同诈骗罪与非罪的关键；②诈骗行为：作为实现犯罪人“非法占有”合同相对方财物主观故意的外在表现，行为人在签订、履行合同的过程中必须是有欺诈的行为，否则，将无法认知其主观故意；③犯罪数额：合同诈骗罪是一种具有严重社会危害性的犯罪，不仅侵犯了合同相对人的私有财产，更重要的是它破坏了良好、诚信的社会经济

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第459页。

秩序，而诈骗数额是该罪社会危害性的大小直接体现，也是立法者为何要将这种诈骗行为纳入刑事领域调整的原因之一。[①]

这三个条件中，诈骗行为以及犯罪数额是客观、外在的表现，比较容易认定。而由于第一个条件是主观方面的内在因素，故在实践中较难认定，但是较难认定并不表示不能认定，其可认知性就在于主观总要见之于客观，并通过外在的形式表现出来，因此，在司法实践中注重对这一方面的累积和挖掘，并在条件成熟的时候上升为理论以期更好地为实践服务。

（一）合同诈骗罪与合同纠纷的区别

1. 合同纠纷概述。根据《中华人民共和国合同法》第 2 条的规定，合同就是平等民事主体的自然人、法人、集体组织为了实现一定的经济目的，明确相互之间权利和义务关系的协议。而合同纠纷，是指行为人有履行或基本履行合同的诚意，只是由于客观原因而未能完全履行合同，或者在履行合同的过程中，一方有意违反合同的某项条款（如提供质量不合格的标的、迟延履行等），使合同另一方受损失，从而引起双方对合同约定的权利义务关系的争议。[②] 合同纠纷是一种民事纠纷，民事纠纷的当事人要承担民事责任。

合同纠纷既可以产生于合同订立阶段也可以产生于合同履行阶段。通过对定义的理解，可以明确，合同纠纷产生的原因无外乎两种：一为因客观原因没有完全履行合同；二为有意违反合同条款，不履行自己的合同义务，从而给对方造成了损失。依据诚实信用原则，合同双方在签订合同时以及签订合同之后都应当为合同目的的实现，实际、全面、合理地履行该合同。因此，不管是哪种原因，合同纠纷究其本质来说其实都是对诚实信用原则的违反。

2. 合同诈骗罪与合同纠纷的区别。合同诈骗与合同纠纷都以经济合同这一“合法形式”为掩护外衣进行，特别是合同诈骗的犯罪分子对于其“非法占有”的目的总是竭力掩饰，加之犯罪手段的不断更新，大大增加了该罪的复杂性和欺骗性，从而使合同诈骗与合同纠纷在外观上越发难以区分，给司法认定增加了很大的困难。尤其是在合法有效的经济合同的当事人一方在收受对方财物后既不逃匿，但是也不履行合同的情况下，认定的时候就更有难度了。因此正确、准确的区分合同纠纷和合同诈骗是十分必要的，有着积极的现实意义和理论意义。

笔者认为，合同诈骗与合同纠纷的区别主要可以从合同的签订、履行过程等几方面，分阶段来认识和把握：

---

① 参照陈兴良：《当代中国刑法新境域》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 588—591 页。

② 参见高铭暄主编：《新型经济犯罪研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 279 页。

（1）两者的主观目的不同，这是区分合同诈骗罪与非罪的关键所在。如前所述，“非法占有目的”是区分合同诈骗罪与非罪的关键所在。合同诈骗行为人意图非法占有对方财物的目的性很明确，不管该犯意产生于合同签订过程中还是合同签订后，可以肯定的一点是，合同诈骗行为人对于签订了的合同是根本不想履行的；与此相对，经济合同纠纷当事人却始终没有这种犯意，而且应该说，合同纠纷中，违反合同的一方在合同签订时是有履行合同的诚意的，签订合同的目的只是正常的经济往来，导致纠纷发生的原因常常是因为行为人履行能力或者客观条件发生了变化致使合同无法履行。

（2）在合同签订时，是否使用欺骗手段以及有无实际履行能力或者担保能力是行为人主观目的的直接体现。合同诈骗罪的行为人受其主观目的支配，在合同的签订或者履行过程中必定会采取欺骗的手段。欺骗方式既可以表现为在合同签订之时，以虚构的单位或者以伪造的票据、虚假产权等手段签订根本不可能履行的或是使对方在发觉被骗时无法追回损失的合同，也可以表现为在签订形式有效的合同时，隐瞒自己根本不打算履行合同的真实意图，在获取对方财物后即逃匿。行为人采取这些欺骗手段主要是想骗取对方当事人的信任，使合同全部或部分不能履行，从而实现自己的犯罪目的。与此相比，合同纠纷虽然也可能存在一些欺骗因素，如向对方提供的产品偷工减料或者质量与合同约定的要求不相符等，但这些手段总体来说仅是在履行合同的过程中违反合同的个别条款，属于民事上的欺诈行为，一般只需按《合同法》的有关规定追究当事人的违约责任即可。[①]

民事活动中，履行能力是签订合同的前提和基础，行为人订立合同的目的就是为了要通过切实履行合同义务来享受合同权利、获得合同利益。一般情况下，有履约诚意的行为人都是有履行能力的，否则就不会签订合同，而合同诈骗者则往往是根本没有履约能力的，他们既无资金也无货源，只靠虚构的履行能力骗取对方当事人诱其上钩。实践中，如果行为人根本没有实际履约或者担保能力却与他人签订合同，对于这种行为我们就可以初步认定其为合同诈骗。

当然，对此不能一概而论，有时候就算行为人有实际履约能力或者担保能力也并非就一定不是合同诈骗。实践中，实际履行能力受各种因素影响是有可能会发生变化的，有的行为人签订合同时本来是有部分履行能力的，在签订合同后的履行过程中却有可能因某种原因丧失这种能力，这时我们通常是认为其有履行诚意，不是蓄意诈骗。所以认定履行能力的有无只是考察行为人有无履约诚意的一

① 参见王作富主编：《刑法学》（第2版），中国人民大学出版社2004年版，第370—372页。

个参照，行为人究竟是否有履约诚意还是应当要结合行为人签订合同的行为表现来进行考察，做到具体问题具体分析。

（3）合同签订后，对两者当事人的实际履行行为及合同标的物处置情况的考察也是体现两者主观目的存在差异的一个重要方面。合同签订后，行为人履行合同的实际行为也可以间接反映出行为人履约诚意的有无。只要行为人有诚意履行合同那么就一定会采取积极的行动、努力创造条件使合同目的实现，即使是因为不可抗力或其他的原因以致确实不能履行合同的，行为人也会承担违约的责任。而合同诈骗，如前所述，行为人非法占有他人财产的主观故意决定了其根本不可能会有履行合同的实际行动，有的即使履行了部分合同，那也是出于骗取对方信任以达到最终犯罪目的的需要，至于违约责任，不用说，自是不会承担的了。另外，查明行为人有无实际的履约行为除了可以用于区分合同诈骗与合同纠纷之外，对于那种在签订合同之时就抱着“能履行就履行、履行不了就拉倒”的心思的行为的性质的认定也起着决定性的作用。

一般来说，有履行诚意的当事人，在合同签订后，都将会收到对方的财物用于发展生产、组织货源、完善经营等，从而为履行合同做好充分的准备。反之，如果行为人大肆挥霍、转移、隐匿财产，甚至将之用于犯罪活动的，不论其签订的合同形式是否有效，都可以推定其无意履行合同，诈骗的意图确定无疑，加之如果诈骗的数额达到较大的话，我们就完全可以认定其构成合同诈骗罪。

（4）违约后行为人的表现，也是其对合同相对方财物持何种主观心理状态的反映。无论是合同诈骗还是合同纠纷表面上来看都是一种违约行为，但是对于违反了合同之后当事人是否勇于承担违约的态度则又是合同纠纷和合同诈骗的区别之一。合同诈骗行为人绝对不会有任何承担责任的表示也不会采取补救措施以防损失进一步扩大，即使口头上勉强承认，其认可的实质也不过是拖延时间为自己开脱。但是，造成合同纠纷的当事人对于违约责任不会逃避，尽管他可能也会为自己辩解但目的只是想减轻自己需要承担的责任，而不是推卸该责任。

总而言之，因为合同诈骗罪是一种目的性明确的犯罪，所以行为人为某种行为是否具有这种目的就应当是认定该行为人的行为是否构成合同诈骗罪的关键。而认定行为人的主观心理态度、正确区分合同纠纷和合同诈骗是非常复杂和困难的，这就要求我们的司法人员在今后的司法实践中充分的发挥主观能动性，全面、综合的分析案件的主客观情况，运用专业知识和科学的推定方法，透过现象抓住本质，着眼于查明行为人有没有履行合同的诚意，或者考察行为人是否具有欲通过签订合同而非法占有对方当事人财物的故意。如果行为人主观上没有非法

占有财物的故意，仅仅是想通过履行合同来获取一定的经济利益，那么即使行为人因为种种原因不能履行合同，也不能就此认定为合同诈骗罪，而只能按合同纠纷处理；反之，如果行为人自始就没有履行合同的意思，只是想以合同为手段非法占有对方当事人的财物，而且数额又较大的话，那就必然是合同诈骗罪，而不能再认定为合同纠纷了。

（二）合同诈骗罪与合同欺诈的区别

1. 合同欺诈概述。欺诈在民法上是指一方当事人故意实施某种欺骗他人的行为，并使他人陷入错误而订立合同。[①] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 68 条规定："一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人做出错误意思表示的，可以定为欺诈行为。"合同欺诈作为民事欺诈的一种，表现为：行为人在合同订立阶段对所欲订立合同中的主要条款或者关键性内容采取作虚假陈述或者隐瞒事实真相等手段，致对方认识错误而与之订立发生法律约束力的合同，并旨在通过对方履行该欺诈性合同来达到实现自身某种非法利益的目的。

2. 合同诈骗罪与合同欺诈的区别。合同欺诈与合同诈骗都发生在经济交往活动中，都有明确当事人权利义务关系的合同存在，根据法律规定，都属于无效经济合同；两者在客观上都采用欺骗方法，包括捏造事实、歪曲事实和隐瞒事实真相等，意图使对方陷入错误；两者都是在故意的心理状态下行"骗"，不存在过失问题；行为人都可能对特定的财物处于不法占有状态，即非法占有对方按合同规定能交付的"标的物"。合同欺诈并不一定会构成合同诈骗，但是合同诈骗必定构成合同欺诈，两者的联系如此紧密，可想而知，对于这两者的认识不清会给我们的司法实践带来多么大的困扰！

区分合同欺诈与合同诈骗，目前刑法理论界普遍认为，两者在主观目的、行为所侵犯的客体和权利属性、行为在客观方面的表现以及行为所造成的法律后果等四大方面都存在区别，[②] 以下笔者将从六个方面来对两者的不同做一个较细致的比较：

（1）主观目的不同。合同欺诈的行为人并没有非法占有对方财产的目的，只是想诱使对方认识错误订立合同，取得合同利益后，将之用于经营，借以创造履行能力；而合同诈骗行为人则是以订立合同之名为幌子来达到行为人欲非法占有对方财产的目的；

① 参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 151 页。

② 参见陈兴良：《当代中国刑法新境域》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 582—591 页。

（2）欺诈内容和手段不同。合同欺诈的手段一般来说比较简单传统，并且不论行为人采取什么手段都有民事内容即商品交换、完成工作或者提供劳务获取经济利益。另外，行为人一般不必假冒身份。欺诈的内容一般是以合同条款或者合同内容为主，比如隐瞒标的物的瑕疵、对标的物作虚假的说明介绍；而合同诈骗的行为人根本不准备履行或者根本没有实际履行能力或者履行担保，行为人为了达到利用合同骗取钱财的目的，常常千方百计假冒身份，如利用虚假姓名、身份证明、授权委托书，来骗取他方的信任；

（3）欺诈数额要求不同。合同欺诈行为欲获得的不法利益较小，无非是合同完全履行后，以劣充优、以次充好的价格差额；但是在合同诈骗中，行为人欲获得的不法利益一般都比较大，甚至巨大，可以是几万几十万甚至上千万都有可能；

（4）侵犯客体不同。合同欺诈侵犯的客体是合同当事人双方在合同中约定的权利义务关系，其所获得的利益如合同定金、预付款等都是合同之债的表现物；合同诈骗侵犯的客体是复杂客体，它不仅侵犯了他人的财产所有权，而且还侵害了国家对合同交易的管理制度和诚实信用的社会主义市场秩序，作为诈骗行为的犯罪对象的公私财物，始终是物权的体现者；

（5）法律后果不同。民事欺诈行为导致合同无效或可变更、可撤销，并承担由此产生的民事责任；合同诈骗行为如果达到数额较大的标准，则要追究行为人的刑事责任。

（6）适用法律不同。合同欺诈究其本质来说还是应该由民法规范加以调整；合同诈骗则由于其严重的社会危害性，而归属于刑事法律规范调整。

对以上列举的种种合同诈骗与合同欺诈的不同，笔者认为，两者的根本区别在于行为人签订合同后能否履行，是否能按照合同约定的时间、地点，以约定的方式、标的完成合同约定的民事法律行为。民事欺诈人与受欺诈人订立合同一般是能够履行合同的，其后果只是显失公正。如乘人之危，以少额支出，获取对方的大额财物，或某种临时急用，骗订合同，并且承认债权债务关系，临时占用对方财物于合法的急迫用途，能在不长的时间偿付债务、理赔等行为，属于能履行合同的民事欺诈。而合同诈骗人订立合同并无履行的意愿和履行合同的能力，如本案中被告人签订合同时，明知东港公司的委托事项中并不包括购买水泥，对于水泥没有实际需要，而且东港公司当时的账户上也没有履行合同的资金，另外林朝晖担任法定代表人的闽友公司也根本没有履行合同的实际条件，由此种种，可以判定，被告人的行为应当属于合同诈骗而非合同欺诈。

综上，有人认为合同诈骗只是种情节严重的合同欺诈行为，两者的区别，仅

在于分由刑、民不同部门法调整以及数额是否较大的差别。[①] 合同诈骗实际上也是一种欺诈行为，而且按照责任竞合的观点规则，对合同诈骗的行为人除了令其承担刑事责任外，也不能免除其民事责任。因此，从广义或一般意义上讲，合同诈骗也在欺诈行为的范围之内。但是，在合同诈骗罪认定意义上所说的合同诈骗和民事欺诈，显然在观念和法律上都是不存在包容或交叉关系的。[②] 在现有法律对此规定不很明确的情况下，区分合同诈骗罪与民事欺诈行为，应结合行为人有无履约能力及行为人对标的物处置的具体情况，进行综合的分析，比较后再做出判断与认定。

另外建议最高立法机关或司法机关应参照 1996 年最高人民法院《关于审理诈骗犯罪案件具体应用法律的若干问题的解释》，并结合近年来司法实践，尽快制定、出台关于认定诈骗案件犯罪嫌疑人主观上有故意非法占有等方面具体的立法或司法解释。但是在目前立法相对滞后的情况下的司法实践中，不管合同诈骗手段如何狡猾、隐秘，司法人员只要牢牢抓住“履约能力”这把开启合同诈骗与合同欺诈的钥匙，任凭犯罪手段如何变化，应当都能比较准确地将合同诈骗与合同纠纷区别开来。反之，如果在实践中对这一点缺乏认识，没有深入理解领会，那么就算掌握再具体的判断标准，一旦出现了更新的诈骗手段，结果还将是对犯罪性质的认定无所适从。

（三）本案是合同诈骗罪还是合同纠纷、合同欺诈

根据《刑法》第 224 条列举的五种合同诈骗，形式不是虚构，就是假冒，或没有履约能力，或得到财务即逃匿。本案中被告人林朝晖于 2001 年 3 月份以漳州东港房地产开发有限公司总经理（以下简称东港公司）的名义向永富水泥集团公司谎称东港公司开发房地产需要水泥，并以东港公司的名义与永富公司签订了购销水泥 2 万吨，价款总计 500 余万元，履行期限至 2001 年 12 月 31 日的合同。案发后经法院审理查明，虽然东港公司的法定代表人严宏根曾委托林朝晖为其代理人，但在委托期限内，严宏根并未委托林朝晖办理东港公司购买水泥业务，且事实上，2001 年 3 月份东港公司的账户上也没有履行该水泥购销合同的资金。合同签订后，被告人先承诺近期内会办理 300 万元的银行承兑汇票给永富公司，后于 3 月 20 日左右以其资金未到位，办理银行承兑汇票保证金不足为由要求永

① 参见黄华平：《论合同诈骗的几个问题》，载杨敦先等主编：《新刑法施行疑难问题研究与适用》，中国检察出版社 1999 年版，第 520—522 页。

② 参见肖中华：《论合同诈骗罪认定中的若干问题》，载高铭暄、赵秉志主编：《21 世纪刑法学新问题研讨》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 803 页。

富公司代垫保证金 40 万元。3 月 23 日永富公司人员带了 40 万元到漳州与林朝晖见面，林又称以东港公司的名义较难办到银行承兑汇票，而闳友公司的信誉好，容易办到承兑汇票，要求永富公司与闳友公司再签一份合同，便于办理承兑汇票，林朝晖以闳友公司法定代表人的身份与永富公司再签了一份水泥购销合同，合同内容及签订时间与前一份一致。但在双方人员到农行漳州支行营业部办理开户、预留印鉴后，林朝晖又擅自到银行将为使保证金不被林朝晖挪作他用而预留的永富公司总经理陈祥发的私人印鉴改成自己名字的预留印鉴。保证金存入闳友公司的保证金专户以后，林朝晖并没有按事先承诺办理 300 万元的银行承兑汇票给永富公司，仅于 3 月 26 日办理了一张 40 万元的全额质押的银行承兑汇票给永富公司。

2001 年 3 月 28 日，林朝晖又到永富公司，仍以资金未到位为由要求永富公司再代垫 40 万元的保证金，他回去即再办理 260 万元的银行承兑汇票给永富公司。永富公司即又派有关人员携带 40 万元与林朝晖到漳州银行将 40 万元存入保证金专户。钱存入后林朝晖并未将银行承兑汇票给永富公司，而是以种种借口避开。3 月 30 日，林朝晖将该笔 40 万元资金从保证金专户转到闳友公司的基本账户。之后被告未要求永富公司发货也未再办理银行承兑汇票给永富公司。永富公司在签订了合同并代垫保证金后曾多次催促林朝晖办理银行承兑汇票或偿还代垫的大额保证金，林超晖却以各种借口借故不予办理，拒不见人及接电话，以此来躲避与永富公司方的接触。

另查明，林朝晖于 2001 年 3 月至 8 月间，还以东港公司法定代表人的名义称东港公司开工需要水泥并以闳友公司的名义分别同龙岩小池水泥厂、闽西海狮水泥集团、武平天凤散装水泥厂签订了 2.7 万吨、价款总计 800 余万元的水泥购销合同，且均由各水泥厂为闳友公司代垫办理银行承兑汇票的保证金，合同签订后，林朝晖仅以现金向闽西海狮水泥集团公司购买了约 60 吨的水泥用于闳友公司制造空心隔墙砖，其余合同均未履行。经查询银行存款账户，账户上的资金表明闳友公司无能力履行上千万元的合同。

由以上被告人的一系列行为来看，闳友公司根本没有履约能力，也没有实际需要，充分证明了被告人主观上有非法占有他人财物的故意，而且被告人在签订合同的过程中一再采取虚构事实，隐瞒事实真相的手段，利用东港公司的资信诱骗对方与其签订合同，继而利用合同诱使对方代垫保证金以达到骗取对方钱财的目的。在被告人签订合同、骗得保证金后，林不但未积极地为履行合同而做任何准备，如交付银行承兑汇票、筹集货款等，相反在接到永富公司的催促电话后，还一再躲避并大肆挥霍从永富公司方获得的资金，足以证明其主观上丝毫没有履

约的诚意。这种消极不履行义务的行为一直持续到案发后，被告人也没有任何承担责任的表示或采取补救措施来防止对方的损失进一步扩大的行动，仅仅只是将其剩余的骗取的永富公司的保证金5万元返还。被告人这一系列的行为充分地表明了其具有非法占有对方保证金的故意，这种行为既非夸大履约的能力，也非“拆东墙补西墙”，想临时占用他人的资金而是欲将使用非法手段骗取的对方财产长期的占为己有的“空手套白狼”的行为。故本案明显是合同诈骗而不是合同纠纷或者民事欺诈。

需要特别提及的一点是，我国目前正处于向市场经济转型的关键时期，利用合同进行业务往来的机会大大增加，每个人都不可避免的要和合同打交道。由于现实生活中合同诈骗与合同纠纷难以直观把握，在发生争议或冲突时，当事人的理解不同会导致有些当事人选择直接向公安机关报案，有些则可能到法院打经济、民事官司。为了给社会经济活动创造稳定、有序、充满活力的外部环境，尤其是在目前立法对合同诈骗与合同纠纷、合同欺诈的规定尚属空白，又没有相关的司法解释出台，对于这几者的区分仅停留在学者讨论的阶段，公安检察机关对此类案件的介入更应当慎之又慎。在实践中发生的种种合同欺诈行为中，合同诈骗形式犯罪还是少数，如果公安、检察机关在还没有清楚把握合同诈骗罪中罪与非罪的界限，正确界定合同纠纷、合同欺诈与合同诈骗的区别的前提下就贸然介入，采取查封、扣押等刑事强制措施，很可能会妨碍正常的市场秩序，侵犯当事人的人身权益，这样不仅不利于经济的正常发展而且也与现代刑法保护人权的初衷相去甚远。

因此，对此类案件，除非有证据证明行为人涉嫌合同诈骗，否则，公安、检察机关不应积极干涉，而应当由当事人向法院起诉，由法院查明真相。如果确有合同诈骗嫌疑的，由法院将案件移送公安机关立案侦查。

六、合同诈骗罪中“非法占有目的”的理解与认定

（一）“非法占有目的”的刑法理解

合同诈骗罪是刑法理论中的目的犯，“以非法占有为目的”是其特别的构成要件，也是区分合同诈骗罪与非罪的关键。在民法理论上，“占有”作为所有权的一项基本权能，表现为对物的实际控制和直接管理，是指主体对于物基于占有的意思进行控制的事实状态。[①] 由此可推知，“非法占有”就是指没有法律依据而对他人的财物实施控制和管理的状态。民法意义上对“占有”的这种理解主要

① 参见王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第157页。

是从静态意义上着眼，考虑的是如何对已经发生的非法行为权利人进行救济。它并不以行为人主观上的意图作为构成要件，却包含着对非法占有的行为人因其非法占有行为而产生的侵权行为和违约行为要承担的相应的赔偿义务。一旦行为人拒绝承担这种义务的话，该民事不法行为就有可能转化为刑事不法行为，如刑法中对侵占罪的规定就是最好的一个例子。

与民法上对“非法占有”的理解不同，刑法对于“非法占有”的理解有其独到之处：是在民法对“非法占有”的理解的基础上结合刑法理论做出的更高的理解。这种理解主要着眼于从动态的角度加以考察，主要包括两个层面的含义：[①]一方面，从其本身的意义来看，“非法占有”指的是行为人施行行为前内心的一种心理状态：明知自己没有取得他人财物的法律依据却想对他人财物实施控制和管理的一种企图。在这一点上的理解，是与民法意义的理解大致相符的；另一方面，从受其驱使产生的行为的外在表现上看，体现为行为人对合法所有人或占有人的财物在其“非法占有”内心企图支配下所实施的一系列行为，如合同诈骗罪规定列举的种种欺诈行为。所以，刑法上所谓的“非法占有目的”就是指行为人在实施犯罪行为时，主观上所持有的意图使财物脱离其合法所有人或占有人的控制而由自己进行非法支配以获取非法利益的心理状态。[②] 由此可以推知，合同诈骗罪中的“非法占有目的”是指行为人在利用合同手段进行诈骗行为时，主观上存在的意图使他人的财物脱离合同关系人（包括对方当事人以及与合同有关的第三人）的控制而由自己进行非法支配以获取非法利益的心理状态。

（二）“非法占有目的”的认定标准

“非法占有目的”在合同诈骗中产生于签订和履行合同的过程中，它是一种主观上的心理活动，对它的认定要借助一定的方法和标准。虽然这种心理活动，我们看不见，摸不着，但是它并不是脱离客观外在活动而存在，而是通过外化的客观行为表现出来。因此对“非法占有目的”的认定应当紧密结合行为人的客观行为来加以推定。具体说来，主要考虑以下几个因素：

1. 行为人的缔约手段。合同诈骗罪是利用合同为手段来达到其非法占有他人财物的目的，签约作为合同的第一步，也是行为人实施诈骗行为的第一步，因此签约手段可以从一定程度上反映行为人的非法占有目的。正如马克思所说：“手段是不正当的，目的也就是不正当的。”如果行为人在签订合同时，表现出这样或那样虚构事实、隐瞒真相的行为来与对方签订合同的话，那么他具有非法占

① 参见姚茂文：《如何理解和把握合同诈骗罪的主观要件》，载《人民检察》1999 年第 2 期。

② 参见林文生：《合同诈骗罪主观要件的解释和认定》，载《人民检察》2000 年第 2 期。

有他人财物的故意就是显而易见的。

本案中，被告人林朝晖在明知自己既没有购销水泥的代理权、东港公司对水泥也没有实际需要的情况下，还假冒东港公司总经理的名义与永富公司签订了东港公司并无履行能力的大额水泥购销合同，并在永富公司答应为其代垫银行承兑保证金的情况下，采用欺骗的手段使得永富公司又与同样没有履行能力的闳友公司签订合同，并在之后又将永富公司为防止被告人挪用而预留在银行的永富公司法定代理人的私人印鉴私自换为自己的印鉴，所有这些行为都表明了林朝晖非法占有他人财物的故意。

2. 行为人的履约能力。如果行为人根本不具有或者仅部分具有履行合同的能力，但所签订合同大大超过其履行能力，我们就此可以认定其主观上有骗取对方财物的目的。但是如果行为人在签订合同的时候不完全具备条件，而仅是为了签约对自己的履约能力作了一定程度的夸张，在履行期间内有第三者帮助，有确定可靠的保证，或者经过自身的努力后于履约时又具备了相应能力，也可以认为是有履约能力。对此点的把握必须要有确实、充分的依据，而不是仅靠无法确定的虚假可能性，以防被犯罪分子钻空子。

本案中，最后经法院查明，在签订合同时，被告人林朝晖假冒的东港公司的账户上并没有足够的履约资金，其后的闳友公司，也自始至终都没有履约能力，因此对于被告人及其辩护人一再主张的合同纠纷的主张是根本不能成立的。

3. 行为人的履约行为。合同双方当事人，在签订合同后，就是要通过履行各自的义务，行使自己的权利，来实现各自的经济目的。如果行为人没有履行合同的诚意，拒绝履行；或者即使履行也是只履行一小部分，目的是为了进一步诱骗对方当事人进行更大的交易，来骗取更大的非法利益；或者取得相应利益后逃匿，这些都可以认定行为人具有非法占有的目的。但是，如果行为人没有任何欺骗行为，或者仅在一定程度内对某些事实采取欺骗手段而非掩盖无法履行合同的事实，即使合同最后未能履行，也不能将之定性为合同诈骗，而宜按合同纠纷处理。

本案中被告人林朝晖在永富公司为其代垫保证金，积极为履行合同做准备后，由始至终没有采取任何相应的合同履行行为，不仅没有提交银行承兑汇票也没有要求永富公司发货，而且对于永富公司方的多次催促，还采取各种方式躲避，足见其没有履约的诚意，故一、二审法院将之定性为合同诈骗罪是正确的。

4. 行为人违约后的态度。“行为人的事后态度，也是区分行为人在主观上有无诈骗故意的重要标志。”[①] 行为人因自己的行为造成违约事实后，若不及时主

① 夏朝晖：《试论合同诈骗罪》，载《法商研究》1997 年第 4 期。

动通知对方当事人，没有采取补救措施来减少对方损失，不愿意承担相应的违约责任，而是东躲西藏，避而不见，甚至携财逃匿，致使对方当事人无法追回损失，则可以认定其具有非法占有的目的。

本案中，在永富公司多方催促的情况下，被告人林朝晖仍没有将事先承诺的银行承兑汇票交付，也未要求永富公司交货以履行合同，甚至还把永富公司代垫的保证金挥霍，对永富公司方的代表避而不见，拒不接电话，致使永富公司损失无法追回，这种不愿意承担责任的态度正是其内心“非法占有目的”的体现，由此，也可以认定林朝晖的行为构成合同诈骗罪。

5. 行为人对合同标的物的处置。不同的心理态度则对合同标的物的处置也必然有所不同。若行为人依合同收取对方当事人交付的货物、货款或者定金、预付款等，不按照合同的约定进行处置，没有用于正常的生产经营，而是用于自己挥霍或者偿还债务，或者挪作他用，或者携款潜逃，使标的物完全脱离对方的控制，无法追回，则行为人非法占有他人财物的主观故意不言而喻。若行为人将取得的财物全部或者大部分用于合同履行，即使客观上未能完全履行合同，一般也不适宜认定为合同诈骗罪。

结合到本案中，被告人林朝晖的行为完全符合上述非法占有故意的种种典型表现，在林朝晖收取永富公司为其代垫的保证金之后，并未将保证金用于办理银行承兑汇票，而是将其中的 10 万元现金，用于处理其与周冬升之间的债权债务，另外的 30 万元现金，用于闽友公司购置设备、原材料等。除案发后林朝晖返还的 5 万元现金之外，永富公司的 35 万元无法追回，这更是有力的证明了林朝晖非法占有他人财物的主观故意。

6. 行为人未履行合同的原因。影响合同未履行可归结为主客观两方面的原因：若一方当事人依合同享有权利，但不愿意、不积极主动去承担义务，从而造成享受权利和承担义务不对等，在该种情况下，由于合同未履行是因为行为人主观上的原因造成的，就说明其具有非法占有财物的目的；若行为人享受了权利，又尽自己最大努力承担义务，但是因为发生了行为人无法预料的事实，致使合同无法履行，此种情况下，由于行为人无骗取钱财的目的，因此应按合同纠纷处理。林朝晖合同诈骗案中永富公司一方的合同目的不能实现、遭受重大财产损失是因为行为人消极不履行合同义务造成的，林朝晖这种只享受了根据合同取得的利益，却不愿意承担责任的行为正是其欲非法占有对方财物的主观目的的真实的外在表现。

“当然，由于从外在的表现来判断主观心理，严格上说只能是一种推定，因

此，也必须相应的考虑行为人的反证。”[①] 应充分听取行为人的辩解，把以上各个因素充分结合起来，综合认定，做到不枉不纵，不能只注重某一方面，而不顾及其他，避免以偏概全。应当坚持主客观相一致原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪也不能仅凭被告人自己的供述，不假判断，而应当根据案件具体情况具体分析。

本案中，对于被告人及其辩护人所提出的被告人未虚构履约能力，而是严格认真的履行合同，并无非法占有的主观故意而是正常的贸易行为；且被告人依授权有代表东港公司购销水泥的签约权及代表闳友公司签约，故不存在虚构代理权及虚构合同履行能力；此外，被告人也没有非法占有永富公司 40 万元的故意，且一直在严格履行合同，属正常的经济纠纷，被告人不构成犯罪等主张；以及在庭审中，辩护人提交的 1999 年 9 月 6 日及同年 9 月 20 日的两份漳州东港房地产开发有限公司与福建省第七建筑工程公司的合同书作为证据，欲证明东港公司需要大量水泥，上诉人未虚构事实的情况。经过二审法院的举证、听证、质证之后，综合经审理该案件已查明的大量事实，认为：辩护人提交的该两份合同并不能充分证明被告人没有合同诈骗的故意，因此未予采信。我们说，这样做是正确的、慎重的。

最后，还应当要说明的一点是，在合同诈骗罪法条中，详细列举了四种合同诈骗方法，并对用其他方法骗取当事人的财物作了概括性规定。法条所规定的这些情形主要是诈骗的手段和方法，是合同诈骗中“骗取”要素的体现，但并不能由此认定主观上“非法占有目的”。在市场经济中，交易的成功受各种主客观因素的制约，具有可变性，切不可片面地以行为人签订合同前没有履约能力，或是签订合同后没有履约的实际行动以及没有返还对方当事人的款物等某一个孤立的客观因素为依据，来轻率地推定非法占有的目的。

七、本案中与单位合同诈骗罪相关的几个问题

（一）本案是否单位犯罪的争议[②]

根据我国刑法的相关规定，合同诈骗罪的主体既可以是自然人，也可以是单位。在实践中，有些人以单位的名义签订合同行骗，到底是单位犯罪还是个人犯罪，有时确实很难分清。

---

① 梁华仁、张光中：《略论合同诈骗罪的几个问题》，载《政法论坛》1999 年第 1 期。

② 单位犯罪与法人犯罪的说法，从理论上严格说来，并不相同，但笔者在本文对此不作区分，认为两者在概念上能够通用，以下同。

我国现行《刑法》第30条规定："公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。"根据该条规定，单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会的行为。[①] 虽然在我国刑法理论界对单位犯罪的概念争议很多，但这可以认为是单位犯罪的法定概念。根据刑法第224条的规定：单位犯合同诈骗罪，是指单位的法定代表人或主管人员、直接责任人员在执行职务的活动中，以单位的名义，为了单位的利益，利用合同进行诈骗活动。[②]

构成单位犯罪必须具备以下几个条件：第一，单位内部成员以单位名义实施犯罪行为。凡是盗用、冒用单位名义实施的犯罪，不属于单位犯罪，应当依法追究盗用人、冒用人的刑事责任。第二，单位内部成员按单位决策机构的旨意实施犯罪行为。凡单位内部成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施的行为，单位不承担责任。实行一长制的单位，其代表人的意志就是单位决策机构的旨意。第三，单位内部成员在执行职务活动中实施犯罪行为。凡单位内部成员实施与其职务活动无关的危害行为，一概由其本人负责，按照自然人犯罪追究责任。第四，单位内部成员为了单位的利益实施犯罪行为。这是构成单位犯罪的实质条件。[③]

除了把握好以上单位犯罪特征之外，在认定合同诈骗罪的主体时应分别情况具体分析，要把握好以下几个方面：①法人代表或自然人以单位名义实施的合同欺诈行为，非法所得归本单位所有，属单位犯罪；②法人代表或自然人，以单位名义或不以单位名义实施的合同欺诈活动，非法所得归个人所有，属个人诈骗犯罪；③单位组织内的自然人以单位名义实施非职务和非授权行为，单位事后予以追认的，且非法所得归集体所有，属于单位犯罪。自然人盗用、冒用、伪造批文、证件、图章或以终止合同的单位名义，实施合同欺诈行为，属个人诈骗犯罪。

综上所述可知，单位犯罪与自然人犯罪区分的关键在于：单位犯罪是以单位的名义实施的，且违法所得归单位所有。本案中，一审公诉机关与一审法院就林朝晖合同诈骗一案究竟是单位合同诈骗还是自然人合同诈骗的定性问题产生了分歧：一审公诉机关认为，林朝晖虽然是闵友公司的法定代表人，且其所实施的诈骗行为也是以单位的名义实施，但是闵友公司成立后主要活动为合同诈骗，被告

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》（上编），北京大学出版社、高等教育出版社2002年版，第232页。

② 参见赵相昌：《浅析合同诈骗罪》，载《前沿》2003年第5期。

③ 参见田宏杰主编：《单位犯罪疑难问题司法对策总论》，吉林人民出版社2001年版，第27页。

人进行诈骗也是利用该公司，由此认定闳友公司的成立不过是林朝晖实施诈骗行为的工具，主张林朝晖所犯的合同诈骗罪应当是自然人犯罪，而非单位犯罪。但是一、二审法院经审理查明判处单位合同诈骗罪成立。

我们说，东港公司及闳友公司均是经漳州市工商部门登记核准的具有法人资格的企业，林朝晖不但是东港公司法定代表人严宏根委托的代理人而且还是闳友公司的法定代表人，林朝晖在本案中不仅以单位（闳友公司和东港公司）的名义实施犯罪，更重要的在于林朝晖将从永富公司诈骗得来的40万元保证金主要用于为闳友公司购置设备、原材料等经营活动，部分用于支付东港公司办理工商执照年检、公司资质年检、支付银行利息等费用，虽然有10万元用于偿还林朝晖的个人债务，但综观整个案子，其实施诈骗行为主观上还是为其新设立的闳友公司开展经营活动服务，且从其为闳友公司购置设备、原材料，为东港公司办理工商执照年检、公司资质年检、支付银行利息等等的行为来看也确实是为两单位谋取利益。故一、二审法院将本案定性为单位犯罪是正确的。

（二）单位合同诈骗罪与自然人合同诈骗罪的认定

根据刑法的规定，合同诈骗罪的主体就自然人而言，为一般主体，对此并不难理解，基本上没有什么疑问。但是，就单位主体而言如何从整体上确定单位合同诈骗罪的主体范围，以及怎样区分个人实施和单位实施的合同诈骗罪，很值得研究。

当前刑法学界普遍的理论认为，能构成单位犯罪主体的单位的共性，具体来说主要表现在三方面：①单位必须是合法存在的单位；②单位必须具有一定的组织性，是有一定组织结构形式的组织；③单位必须是能够独立承担的法律责任的组织，即独立性。

依据以上单位犯罪单位主体的共性特征，并结合合同诈骗的实际情况及具体特点，笔者认为，对具体案件中合同诈骗罪的主体是单位还是个人应当从两个层次进行分析：

1. 确定单位合同诈骗罪主体的范围，解决某一单位作为单位合同诈骗罪的主体是否适格的问题，这是区分单位合同诈骗罪与自然人合同诈骗罪的前提和基础。①

单位犯罪的主体类型具体到合同诈骗罪中，毫无疑问，任何类型的单位，包括公司、企业、事业单位、机关和团体，都可以成为合同诈骗罪的主体。但由于

① 单位犯罪的主体的具体范围，我国1997年新刑法典并未予以明确，学界对此也有许多争论。笔者仅对本案涉及的私营企业能否作为单位犯罪主体作一探讨，其余主体的争议，本文不再赘述。

我国刑法对私营公司和私营企业没有做明确规定，因此对于这两种特殊的主体能否成为单位犯罪的主体，给司法实践带来了困扰，从而引发了理论界的争议：

持否定论者中有的认为私营企业无论其采取什么形式都不能成为单位犯罪的主体，也有的认为需要区分私营企业的形式、投资者对企业承担的责任而区别对待并主张：私营企业中的独资企业和合伙企业不具有法人资格，不能独立承担法律责任，明显不符合单位犯罪中单位的主体特征，这种情况下，企业的利益与企业经营者的利益是合二为一的，企业的行为就应当认为是经营者个人的行为，因而对于这种企业实施的犯罪行为只能够按照自然人犯罪来处理。但是，私营企业中的有限公司能够独立承担法律责任，所以其应具备单位犯罪的主体资格，对于他所实施的犯罪行为应当认定为单位犯罪。①

随着经济体制改革和市场经济的进一步发展，公私平等在宪法上已经得到解决，因而不能再以此为理由否认私有制企业可以成为法人犯罪的主体。② 事实上，对企业公有还是私有的划分本来就带有鲜明的时代烙印，这是由于我国特殊的国情导致产生的一个极其中国化的问题，"在单位犯罪的问题上，我们就应该坚持公私平等，无论是私营企业还是国有企业、有限责任的企业还是无限责任的企业都应该可以成为单位犯罪的主体。"③

笔者认为，虽然最高人民法院 1999 年 6 月 18 日《关于审理单位犯罪案件具体应用法律的有关问题的解释》对 1997 年新《刑法》第 31 条规定的"公司、企业、事业单位"的范围作了一个界定，但该解释对于不具有法人资格的独资、私营企业是否可以成为单位犯罪的主体仍没有明确。事实上，不管私营企业是否具有法人资格，都不应当成为其是否成为单位犯罪主体的标准：从法律上来说，私营企业与私营企业主是两个独立的法律主体，尽管在无限责任的情况下，两者的财产不可分离，甚至合二为一，但是两者在法律地位上是不同的。对私营企业的犯罪行为也应当与私营企业主个人所实施的犯罪行为区别开来，不能混为一谈。特别是在私营企业中出现私营企业主与企业的实际管理者不一致的情况下，如果实际管理者为本企业利益实施了犯罪行为，如果只对管理者按照自然人犯罪追究责任而不处罚企业的话，显然和刑法规定单位犯罪的初衷相悖了。对于此处的立法空白和争议，通过完善立法或出台相关的司法解释是可以得到很好的解决的。

当然，以上情况也有例外，根据该解释的规定，有三种情况是不能作为单位

① 参照田宏杰主编：《单位犯罪适用中疑难问题研究》，吉林人民出版社 2001 年版，第 18 页。

② 参见阮方明：《论单位犯罪的概念和构成》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第 3 卷），法律出版社 1999 年版，第 58 页。

③ 陈兴良：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社 1999 年版，第 595 页。

犯罪论处的：个人为进行违法犯罪而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪；公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的；盗用、借用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人所得或者私分的。

2. 在确定哪些“单位”可以成为合同诈骗罪的主体的基础上，还应当注意从单位犯罪的犯罪意志的整体性和利益归属的团体性两点去把握究竟是个人合同诈骗罪还是单位合同诈骗犯罪。而且在这两点中，利益归属的团体性应当予以优先考虑。

优先考虑利益归属的团体性，具体说来就是：如果利用合同诈骗的行为，是经本单位集体研究决定或者由主要负责人决定而实施、利益归属本单位的，以单位犯罪论处；没有经过本单位集体研究决定或者主要负责人决定而实施，且所获取的利益全部归属本单位有关责任人员个人的，以个人犯罪论处。

把利益是否归属单位作为区分个人犯罪和单位犯罪的标准，在我国刑法分则中是有明文规定的。如《刑法》第 393 条规定：“单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第 389 条、第 390 条定罪处罚。”从以上条文可知，如果因行贿取得的违法所得归个人所有的，就应当以行贿罪定罪处罚，而不以单位行贿罪定性。这种规定对于那些既可以由个人又可以由单位构成的犯罪来说，是与刑法的立法精神相一致的。

因此，在实践中要注意：①对于一些以单位名义实施而实际上犯罪所谋取的利益根本不归属本单位而归属直接责任人员的合同诈骗行为，一律应以个人犯罪论处；②是否以单位名义签订、履行合同，不应成为区分个人合同诈骗罪和单位合同诈骗罪的标志。

本案被告人身为闳友公司的法定代表人，以闳友公司的名义对外签订了与本公司业务相关的合同，骗取保证金主要用于为该公司添置设备、购买原料的行为完全符合单位合同诈骗罪的特征，将之定性为单位犯罪是正确的。一审公诉机关仅凭林朝晖在龙岩等市订立几份合同欲骗保证金就认为闳友公司的设立就是为其诈骗服务，从而认为其行为构成个人合同诈骗罪而非单位合同诈骗罪，是不符合实际的。

笔者认为，一审公诉机关这种看法是片面的，武断的，也是不负责任的，理由如下：

（1）闳友公司是依法注册成立，具有法人资格的合法公司，属于我国刑法规定的可以构成单位犯罪的主体之一，认定其成立单位合同诈骗罪，主体适格；

（2）林朝晖是闽友公司的法定代表人，其以单位名义对外实施的行为应当归为公司的意志，将其行为认定为单位犯罪有其合理性；

（3）从犯罪利益的归属来看，如前所述，这是区分单位犯罪和自然人犯罪的关键。林朝晖将其骗取的资金主要用于其公司进行经营活动，充分说明其主观上是为该公司谋利，且结果也确实证明，闽友公司是真正的受益者；

（4）根据我国刑法规定，合同诈骗罪是既可以由单位又可以由自然人实施的犯罪，这是将本案定性为单位合同诈骗罪的法律依据。

因此，本案被告人身为一合法单位的法定代表人，他以单位的名义与被害单位签订合同进行诈骗且诈骗所得的收益主要用于单位（闽友公司），这种种都与我国刑法所规定的单位犯罪的特征相符合，一、二审法院认定其行为属于单位犯罪是完全正确的。林朝晖个人是闽友公司单位犯罪的直接责任人员，依法应当承担相应的刑事责任。

（三）单位犯罪中对自然人承担刑事责任的法理依据

1. 本案中单位犯罪对直接责任人员并处罚金是否正确的争议。根据我国《刑法》第 31 条的规定，对单位犯罪的处罚以双罚制为主，除了对犯罪单位判处刑罚外还要对单位直接负责的主管人员或直接责任人员判处刑罚。这里的刑罚包括自由刑和罚金。本案对林朝晖适用《刑法》第 224 条，以合同诈骗罪处罚。鉴于本案属于单位犯罪，又依《刑法》第 231 条的规定："单位犯本节规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。"加之《刑法》第 224 条规定诈骗的数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金。故在对林朝晖适用《刑法》第 224 条处罚时，就必须并处罚金，这不是选择性适用，而是必须适用，是应当并处，一审法院对此显然漏判，属于适用法律错误，因此二审公诉机关提出的该项抗诉理由有充分的法律依据，是依法成立的，相应地，二审法院采纳该抗诉理由并做出改判也是正确的，符合"罪刑法定"的刑法基本原则。

此外，二审公诉机关提请追缴或者责令林朝晖个人退赔没有法律依据，因为本案属于单位犯罪，单位犯罪的两罚制不是两个主体，而是对一个主体即单位的整体处罚，是同一个刑事责任根据单位成员在犯罪中所处的地位和作用不同而做的不同分担，是对单位犯罪行为的综合性处罚。林朝晖要承担法律责任是因为他是闽友公司的法定代表人，是本案中犯罪单位的直接责任人员，他所实施的合同诈骗行为综上所述是以单位名义、为单位谋取利益的单位诈骗罪，而不是他个人实施的自然人合同诈骗罪，他是为其作为公司的决策人员和主管人员的身份在决策过程中的错误而承担责任。故本案在公诉机关未对单位即闽友公司提起诉讼的

情况下，要法院判令林朝晖个人承担退赔或者追缴其个人财产是没有法律依据的。因此二审法院不支持该项抗诉理由是正确的。

2. 双罚制中处罚自然人的法理依据。在单位犯罪责任沿革上，伴随着责任观念的进化存在责任形式的不同。现代刑法理论与刑事立法在肯定单位犯罪的前提下，必然要解决责任负担如何实现的问题。目前，世界各国刑事立法对单位犯罪的处罚原则主要是单罚制和双罚制两种。双罚制是指在追究单位犯罪刑事责任时要求既对单位处以罚金又对自然人处以刑罚。单罚制是指在追究单位犯罪刑事责任时或者对单位处以罚金或者对自然人处以刑罚。①

依据我国《刑法》第 31 条的规定我们可以得知，我国对单位犯罪的处罚采取的是双罚制为主、单罚制为辅的原则，而且明确了单位犯罪中承担刑事责任的自然人仅限于“单位中直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”两种。②

在这两种做法中，双罚制更具科学性，因此是现代刑罚制度对单位犯罪采取的普遍做法，也是当今世界各国刑事立法的主流。摒弃单罚制的理由在于该种处罚方法无法体现刑事责任的公平性，如果只对自然人适用刑罚而不追究单位的刑事责任，会导致单位犯罪主体与刑罚主体相分离，单位刑事责任不能实现以致刑法规定单位犯罪的立法目的落空；反之，若只对犯罪单位适用刑罚，也存在着将单位中的个人责任转移到单位身上的弊端，同样表现了刑事责任的不公平性。③所以只有对单位犯罪实行双罚制才能够体现立法者对单位犯罪的全面否定评价，真正起到打击、惩戒、预防单位犯罪的效果。

笔者认为，对单位犯罪中的自然人追究刑事责任的法理依据是“单位犯罪刑事责任分担说”在刑罚中的具体体现和实际运用，该说认为：对单位犯罪的处罚并不是对两个主体，而是对一个主体即单位的整体处罚，是同一个刑事责任根据单位成员在犯罪中所处的地位和作用不同而作的分担，是对单位犯罪行为的综合性的、全面的处罚。以下笔者将对此作详细阐述：

（1）对单位犯罪中的自然人追究刑事责任体现了刑法的“罪刑法定”原则和“罪责刑相适应”原则。单位成员虽然是单位的必要要素，但自然人成为一个单位的成员之后，其个人人格的独立性并没有因此丧失。单位成员与单位的关系实

---

① 参见高铭暄、彭凤莲：《论中国刑法中单位犯罪的几个问题》，载顾肖荣主编：《经济刑法》，上海人民出版社 2004 年版，第 5、6 页。

② 对于这两种人员的概念和范围，参见赵秉志主编：《单位犯罪比较研究》，法律出版社 2004 年版，第 43—45 页。

③ 参见陈泽宪主编：《新刑法单位犯罪的认定与处罚——法人犯罪新论》，中国检察出版社 1997 年版，第 90 页。

际上是从属性与独立性的统一：一方面，自然人作为单位的成员对单位具有从属性，是单位的构成要素。直接责任人员执行的是单位意志（尽管单位意志是由自然人犯罪意志而来，但这种犯罪意志一经形成就脱离了自然人，具有独立性），实施的是单位职务、职责、或命令所要求的行为，毋庸置疑，其行为理应归属单位、具有单位行为的性质，因此这一行为实际上，已经不是作为自然人的行为而存在；[①] 另外一方面，自然人作为具有独立人格能够独立承担刑事责任的社会主体又具有独立性。根据法人实在说，单位犯罪的单位具有独立的团体人格，单位的团体人格与其成员的人格彼此相互独立，并不互相包含和牵扯，两者是互相平等的。单位成员尽管是单位的必要要素，但是单位成员是以其在单位中的职务和职位成为单位的要素而非以自己的独立人格为要素。况且只有符合单位意志范围和行为能力范围及组织目标的单位成员的意志和行为才有可能成为单位的意志和行为。另外，单位的财产与单位成员的财产也是相互独立，单位是以其自身独立的财产为基础，基于自身的意志，开展单位活动承担法律责任的。

我国 1997 年新刑法典对单位犯罪及其处罚做了明文规定，结合单位及其内部的自然人之间的既从属又相对独立的关系考察：从属性表明对单位犯罪中的自然人追究刑事责任属于对单位犯罪整体处罚的一部分体现了现代刑法“罪刑法定”原则；独立性表明了作为单位犯罪具体行为的造意者和实施者对于自己的违法行为承担刑法上的否定性评价的适罚性，与“罪责刑相一致”的原则也是一致的。

（2）对单位犯罪中的自然人追究刑事责任贯彻了单位犯罪的立法原旨。从单位犯罪的发展沿革来看，立法上对单位犯罪的规定是“近代刑法为适应法人社会而做出的重大让步”[②]，是随着现代市场经济发展，法人组织日益发达，数量与日俱增，社会地位日趋重要，同时，在法人决策机构和决策人物的操纵指挥下，以法人名义和凭借法人力量实施的危害社会的行为不断出现的情况下，才由立法者加以规定的。[③] 在立法未对单位犯罪做出规定以前，对单位犯罪处罚通行的做法是由个人承担所有刑事责任。在当前世界各国纷纷对单位犯罪做出规定的今天，这种方法弊端很大，已经明显不能适应社会发展的要求。刑法中对单位犯罪做出规定的初衷就是顺应打击单位犯罪的社会现实，编织一张严密的法网，防止单位自然人和单位本身将自己应承担的刑事责任转嫁到另一方而互相推卸责任、

① 参见黄京平、石磊：《单位犯罪关系论纲》，载顾肖荣主编：《经济刑法》上海人民出版社 2004 年版，第 76 页。

② 参见陈兴良：《当代中国刑法新境域》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 460 页。

③ 参见李贵方：《新技术革命与法人犯罪问题》，载《吉林大学社会科学学报》，1986 年第 6 期。

逃避法律追究。对单位犯罪中的自然人追究刑事责任充分体现了法律的公正性和严密性，从而使罪刑自负，罚当其罪的刑法理念得到真正实现。

（3）对单位犯罪中的自然人追究刑事责任是实现法律公平正义和刑罚个别化的客观要求。单位自然人是具有独立的人格和意识、意志的社会主体，即使是在单位中，他们仍然具有一定范围内的主体选择性。自然人主体实施犯罪行为不能说仅仅是基于单位的意志，客观上，更多的是因为其基于自己的自由意志，但其却出于种种原因，如追求工作成就感等个人心理上的满足，或为虚荣心报复心所驱使，或追求个人物质上的利益等，在守法和违法之间选择了后者，其主观上存在的罪过自是不言而明。因而，根据刑法主、客观相统一的原则，单位犯罪中的自然人承担单位犯罪的部分罪责是应当的。

（4）对单位犯罪中的自然人追究刑事责任是实现刑罚的功利目的的重要手段。作为单位构成要素的自然人，之所以要对单位犯罪承担刑事责任，是因为单位犯罪的最终根源来自于这些自然人（单位中的主观人员和直接责任人员），所以，根据功利主义的刑罚观这些自然人理应成为刑罚的对象。刑罚功利的目的在于预防犯罪，虽然单位犯罪后，单位本身已受到惩罚，被害人也得到了补偿，初步实现了刑罚的功利目的，但是，要防止同一罪犯或者其他罪犯再犯类似的罪，就必须还要对单位犯罪中的主管人员和其他直接责任人员施以刑罚处罚，因为单位犯罪是由这类人引起并实施。

因此，如果希望消除单位犯罪，就必须清除单位犯罪中的主管人员和其他直接责任人员的犯罪意图，斩断其犯罪能力，惟有如此，单位犯罪才可以得到遏制，刑罚的功利目的才能实现，否则，单位犯罪的再犯可能性不仅不会得到削弱，相反，还会得到某种程度的强化。

综上所述，从犯罪行为的实施角度来看，单位是实施单位犯罪的真正主体，责任成员只不过是对单位犯罪意志形成存在影响力或者具体实施单位行为的自然人。这是对单位犯罪追究责任罪主要的根据。另外，从单位犯罪罪过产生来看，单位决策是一种整体意志。还有在决策机制中，单位决策形成始终是建立在责任人员的意志的基础上。正是通过这种间接性的行为，单位才能够得以实施犯罪意图实现犯罪意志。因此，责任人员的罪过与行为在单位犯罪中起着重要的作用，是单位罪过与单位行为的有机组成部分，这是追究单位犯罪责任人员刑事责任的主观根据与客观基础。同时，从刑罚目的的角度来看，只有既对责任人员又对单位根据适罚性的不同分别采取不同的刑罚方法才能收到惩罚和防范单位犯罪的功效。

八、本案涉及的程序问题

（一）一审双方对本案管辖权的争议

辩护人举证了永富公司向漳州公安的报案书及致漳州市农业银行的函，用于证实本案应当由漳州公安机关管辖。控方对此提出异议并列举了漳州公安机关没有立案受理的证据，并且诈骗行为发生在永定，因此主张永定公安机关有管辖权。针对两者的异议，一审法院做出了裁决认为：本案合同的签订地、履行地及被告人住所地虽然均在漳州，但被告人林朝晖于 2001 年 3 月 28 日到永富公司商谈永富公司再为闽友公司代垫 40 万元保证金事宜，发生在永定，永富公司向漳州公安机关报案后漳州公安机关未予立案受理，而永定公安机关接到永富公司的报案后立案受理，因此永定公安机关依法具有管辖权。二审上诉人的辩护人依旧排除永定司法机关对本案的管辖权主张仍应由案件最先受理地及案件发生地的漳州市公安局管辖。二审法院认为，上诉人为实施骗取保证金到永定永富公司商谈的事实有证人证言证实，上诉人的犯罪行为之一发生在永定县境内，永定公安机关在漳州公安机关接到报案而未立案的情况下，接受报案而立案侦查，并未超越管辖权。

根据我国《刑事诉讼法》第 24 条规定：“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖”。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。另外，根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 2 条规定：“犯罪地是指犯罪行为发生地。以非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。”综合起来看，犯罪地包括犯罪预备地、犯罪行为实施地、犯罪结果发生地和销赃地。犯罪地分别在几个人民法院辖区的，这几个人民法院对案件都有管辖权。我国划分刑事管辖的基本原则是，有利于准确及时地查明案件事实，审结案件。因此，本案中法院的认定是准确的。

（二）二审公诉机关提请追缴或责令林朝晖个人退赔的法律依据

如前文所述，因为本案属于单位犯罪，单位犯罪的两罚制不是两个主体，而是对一个主体即单位实施的危害社会的行为的整体处罚，是同一个刑事责任根据单位成员在犯罪中所处的地位和作用的不同而作的不同分担，是对单位犯罪的整体性处罚。鉴于法院进行审判的司法裁量权的被动性，并根据我国《刑事诉讼法》及最高人民法院司法解释的有关规定：人民法院在审理中发现新的事实，可能影响定罪的，应当建议人民检察院补充或者变更起诉；人民检察院不同意的，人民法院应当就起诉指控的犯罪事实，依照有关规定依法做出裁判。具体而言，

本案在公诉机关没有对犯罪单位（闵友公司）提起诉讼的情况下，法院是没有依据判令林朝晖个人承担退赔或者追缴其个人财产。因此二审公诉机关的抗诉理由不成立，二审法院没有支持抗诉理由是正确的。

九、结语

针对本案涉及的合同诈骗罪几个方面的争议问题，笔者运用刑法学理提出了自己的看法。对合同诈骗与合同纠纷、合同欺诈的界限，笔者着眼于三者在主观目的、侵犯客体、行为手段、违约后的表现、对标的物的处置情况及法律后果等方面存在的差异分别进行了深入分析，并主张以此作为认定行为人是否有“非法占有目的”的标准，以期为目前司法人员在实践中对三者的准确定性提供帮助。

实践中，单位法定代表人以单位名义签订合同实施诈骗的案件并不鲜见，究竟是单位合同诈骗还是自然人合同诈骗在有些情况下确实难以区分，加之我国刑法对单位犯罪的规定还有缺憾，这就给我们的司法工作人员提出了更高的要求。因此，在最高立法机关完善立法或相关司法解释出台之前，实务人员应当在充分理解领会现有立法精神的基础上，全面客观地收集证据，综合分析整个案情，来正确界定单位合同诈骗和自然人合同诈骗。囿于所学，笔者的观点可能还略显稚嫩，但仍希望本文能对这方面司法实践工作的展开有所贡献。

（撰稿人　吴茵*）

* 中国铁路工程总公司，法律硕士。

附录：

福建省龙岩市中级人民法院刑事判决书

（2002）岩刑终字第163号

抗诉机关：永定县人民检察院

上诉人（原审被告人）林朝晖，男，1970年3月3日生于福建省龙海市，汉族，大专文化，系漳州市闽友新兴建材有限公司法定代表人，漳州市芗城区银苑花园8栋404号。因本案于2001年10月17日被拘留，同年11月23日被逮捕。现羁押于永定县看守所。

辩护人苏晓鹏，福建漳州九鼎律师事务所律师。

辩护人张琪照，福建路远律师事务所律师。

原审被告人林朝晖合同诈骗一案，永定县人民法院审理永定县人民检察院指控原审被告人林朝晖犯合同诈骗罪一案，于2002年6月13日做出（2002）永刑初字第68号刑事判决。永定县人民检察院提出抗诉，龙岩市人民检察院支持抗诉；原审被告人林朝晖不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，于2002年8月22日公开审理了本案，龙岩市人民检察院代理检察员刘兴焕出庭履行职务，原审被告人林朝晖及其辩护人苏晓鹏、张琪照到庭参加诉讼，现已审理终结。

原审认定东港公司及闽友公司均是经漳州市工商部门登记核准的具有法人资格的企业。东港公司的法定代表人（总经理）为严宏根、闽友公司的法定代表人为林朝晖。东港公司法定代表人严宏根于2000年9月8日在漳州市公证处公证委托林朝晖为其代理人，办理代理权限范围内的有关业务，委托代理期限从2000年9月7日至2001年9月6日。在委托期限内严宏根并未委托林朝晖办理东港公司购买水泥业务。且2001年3月份东港公司账户上也没有履行购销水泥的资金。

2001年3月12日，被告人林朝晖在漳州大酒店以漳州东港房地产开发有限公司总经理的名义向永富水泥集团公司总经理陈详发、销售经理林树荣谎称东港公司开发房地产需要水泥，并以东港公司的名义同永富公司签订了购销2万吨水泥，价款总计500余万元，履行期至2001年12月30日的合同。林朝晖称近期

内会办理300万元的银行承兑汇票给永富公司。3月20日左右，林朝晖打电话给林树荣。以其公司资金要从香港过来，没那么快到位，而在银行办理承兑汇票需要提供保证金，现其办理银行承兑汇票保证金不足为由，要求永富公司代垫保证金40万元。3月23日永富公司派林树荣和财务科长卢林学等人带40万元到漳州与林朝晖见面，林又称以东港公司的名义较难办到银行承兑汇票，而闳友公司的信誉好，容易办到承兑汇票，要求永富公司与闳友公司再签一份合同，便于办理承兑汇票，林朝晖以闳友公司法定代表人的身份与永富公司再签了一份水泥购销合同，合同内容及签订时间与前一份一致。林树荣、卢林学等人与林朝晖一起将40万元拿到漳州农业银行开设保证金专户时，永富公司方为使保证金不被林朝晖挪作他用，提出预留印鉴的私章用永富公司总经理陈祥发的，并且所交入款项只能作为办理银行承兑汇票保证金之用。林朝晖表示同意，但在双方人员到农行漳州市支行营业部办理开户、预留印鉴后，林朝晖又擅自到银行将陈祥发名字的预留印鉴改成自己名字的预留印鉴。保证金存入闳友公司的保证金专户以后，林朝晖并没有按事先承诺办理300万元的银行承兑汇票给永富公司，仅于3月26日办理了一张40万元的全额质押的银行承兑汇票给永富公司。

2001年3月28日，林朝晖到永富公司，以香港资金还未到位为由要求永富公司再代垫40万元的保证金，他回去后即再办理260万元的银行承兑汇票给永富公司。永富公司即派卢林学携带40万元与林朝晖一同到漳州银行将40万元存入保证金专户。钱存入后林朝晖并未将银行承兑汇票交给卢林学，而是以种种借口避开卢林学。3月30日，林朝晖即将该笔40万元资金从保证金专户转到闳友公司的基本账户，同日取出10万元现金，用于处理其与周冬升之间的债权债务，4月6日又取出30万元现金，用于闳友公司购置设备、原材料等，部分用于支付东港公司办理工商执照年检、公司资质年检、支付银行利息等费用。后林朝晖未再给永富公司办理银行承兑汇票，也未要求永富公司发货。永富公司在签订合同并代垫保证金后多次催促林朝晖办理银行承兑汇票或偿还代垫的大额保证金，林超晖以各种借口借故不予办理，躲避与永富公司方的接触。2001年8月2日永富公司向公安机关报案后，林朝晖于8月3日偿还了永富公司5万元。2001年8月2日永富公司书面向漳州公安机关报案后，又于8月10日向永定公安机关报案，10月8日以书面形式再次向永定公安机关报案，永定公安机关于2001年10月11日立案，10月16日破案。漳州市公安机关接到永富公司报案后没有立案受理，林朝晖于2001年9月11日就该案向漳州市芗城区法院提起诉讼。

另查明，林朝晖于2001年3月至8月间，以东港公司法定代表人的身份称东港公司开工需要水泥并以闳友公司的名义分别同龙岩小池水泥厂、闽西海狮水

泥集团、武平天凤散装水泥厂共签订了2.7万吨、价款总计800余万元的水泥购销合同，且均由各水泥厂为闽友公司代垫办理银行承兑汇票的保证金，合同签订后，林朝晖仅以现金向闽西海狮水泥集团公司购买了约60吨的水泥用于闽友公司制造空心隔墙砖，其余合同均未履行。经查询闽友公司的银行账户，账户上的资金表明闽友公司无能力履行上千万元的合同。

在本案的审理过程中，原审法院认为本案中的东港公司、闽友公司构成单位犯罪，即函告建议永定县人民检察院变更起诉，将东港公司、闽友公司列为本案被告单位，但永定县人民检察院未变更起诉。

以上事实有下列证据证实：

1. 企业法人营业执照、国有土地使用证、港澳侨投资企业批准证书、漳州地产交易所证明，漳外经贸［1999］资字50号文件、委托书、委托书公证书、东港公司银行账户查询单、严宏根证言等，证实东港公司及闽友公司的合法性及林朝晖在两家公司的身份。

2. 林朝晖银行承兑汇票名片、工矿产品购销合同、银行承兑汇票、闽友公司收到永富代垫保证金的收款收据、漳州市地方税务局非经营性收入专用发票、中国农业银行漳州分行开户申请书、中国农业银行印鉴片等。证实林朝晖以闽友公司名义与永富公司签订合同，永富公司代垫第一笔保证金给闽友公司，闽友公司办理了40万元银行承兑汇票给永富公司，但银行保证金专户的预留印鉴已被林朝晖更改。

3. 闽友公司银行账户查询单、卢林学证言、林树荣证言、陈祥发证言等，证实永富公司代垫的第二笔保证金被骗经过。

4. 银行承兑汇票申请书、黄建丽、林英娜证言，证实林朝晖未向银行申请办理大额的银行承兑汇票。

5. 中国农业银行电汇凭证，证实闽友公司2001年8月3日归还永富公司5万元。

6. 相关收条、借条、闽友公司银行账户查询单、证人周东升、严宏根证言，证实林朝晖将永富公司代垫的40万元保证金擅自取出另作他用。

7. 相关收条、银行承兑汇票，福建省龙岩市龙弛企业集团购销合同、闽狮水泥集团公司与东港公司签订的合同书，闽友公司及东港公司账户查询单，证人吴林炎、吴善端等人证言，证实林朝晖与多家水泥厂签订了大额的水泥购销合同，但在取得对方垫付的保证金后均未履行合同，经查，林朝晖的闽友公司没有实际履行能力。

8. 永富公司向永定县公安机关报案书，永定县公安局刑事案件立案报告表

及案件破案报告表、电话记录、证实本案由永定县公安机关管辖。

原审法院认为：被告人林朝晖假冒东港公司总经理的身份，利用东港公司的资质取得永富公司的信任，以东港及闵友公司的名义与永富公司签订合同，在签订合同的过程中，林朝晖虚构履约能力，在收取永富公司为其代垫的保证金后，没有履行合同的实际行动，将保证金用于其他经营活动，经永富公司催索，仍不履行合同，并在没有偿还能力的情况下，故意逃避与永富公司的联络。在与永富公司签订合同之后，又以同样的方式与其他的公司签订合同，获取对方代垫的保证金，除以现金向其中一家公司购买60吨水泥外，其余的合同均未实际履行。林朝晖的种种客观行为，均表明了其以签订水泥购销合同为手段，非法占有他人财产为目的的主观故意，故本案不属于一般企业之间的经济纠纷，被告人林朝晖以非法占有为目的，以闵友公司的法定代表人的身份与他人订立合同，林朝晖身为公司的直接负责主管人员，以公司名义与他人签订合同，骗取他人代垫的保证金，数额较大，其行为已构成合同诈骗罪。本案的合同签订地、履行地及被告人住所地虽均在漳州，但被告人林朝晖于2001年3月28日到永富公司商谈永富公司再为闵友公司代垫40万元保证金事宜，其骗取保证金的犯罪行为有发生在永定，永富公司向漳州公安机关报案后漳州公安机关未予立案受理，而永定公安机关接永富公司报案后有立案受理，所以本案永定公安机关依法具有管辖权。据此，判决：被告人林朝晖犯合同诈骗罪，判处有期徒刑二年。

永定县人民检察院抗诉理由为：（1）闵友公司成立后主要活动为合同诈骗，被告人利用公司进行诈骗属自然人犯罪，被告人林朝晖虚构东港公司需购买水泥，并以东港公司名义同永富公司等单位签订水泥购销合同，其目的是为了骗取永富公司等单位的信任，最终实现其个人骗取钱财的，而不是为东港公司谋取非法利益。（2）在这起案件中，单位东港公司不是本案犯罪主体。（3）一审法院判林朝晖有期徒刑二年属量刑畸轻，以直接负责的主管人员对林朝晖定性有误。

龙岩市人民检察院支持抗诉，但变更抗诉理由为：（1）原审法院未对原审被告人林朝晖判处罚金属适用法律错误；（2）由于原审被告人的犯罪行为使得永富水泥集团公司遭受35万元的损失，应当依法追缴或者责令退赔，原审法院对此未予判决亦错误。据此，提请纠正。

原审被告人林朝晖上诉辩称：（1）本案应由最先受理地及案发地的漳州市公安局管辖，永定司法机关对本案无管辖权；（2）其在本案中的代理行为均为有权代理；（3）闵友公司与惠安第五建筑公司的合同的日期签署上的遗漏不影响该合同的真实、合法性；（4）上诉人未虚构履约能力，是严格认真的履行合同，并无

非法占有的主观故意而是正常的贸易行为，不构成诈骗罪。

两辩护人的辩护意见为：（1）漳州公安机关已受理本案，本案的行为地及被告单位地均在漳州，应由漳州司法机关管辖，永定司法机关无管辖权。（2）被告人依授权有代表东港公司购销水泥的签约权及代表闽友公司签约，不存在虚构代理权及虚构合同履行能力。（3）被告人没有非法占有永富公司40万元的故意，且一直在严格履行合同，属正常的经济纠纷。故被告人不构成犯罪。

经二审审理查明的事实和证据与原判相同。原判事实清楚，证据充分，证据的来源与取得合法，并经庭审举证、质证，足以定案。在庭审中，辩护人提交1999年9月6日及同年9月20日的两份漳州东港房地产开发有限公司与福建省第七建筑工程公司的合同书，欲证明东港公司需要大量水泥，上诉人未虚构事实。本院认为：该两份合同并不能证明上诉人未有合同诈骗故意，不予采信。

本院认为，上诉人林朝晖以闽友新型建材有限公司的名义与他人签订合同，为该公司骗取他人代垫的保证金40万元（已归还5万元），数额较大。已构成单位合同诈骗罪，上诉人作为公司直接责任的主管人员，依法应当承担刑事责任。原判未依法对上诉人并处罚金属适用法律错误，应予纠正，龙岩市人民检察院该支持抗诉理由成立，应予支持；原公诉机关未将闽友公司列为单位犯罪，其提请追缴或责令退赔受害单位的经济损失，于法无据，该支持抗诉的理由依法不予支持。永定县人民检察院以本案属自然人犯罪理由不成立，不予采纳。上诉人为实施骗取保证金，到永定永富公司商谈的事实，有证人卢林学、林树荣的证言证实，上诉人的犯罪行为之一发生在永定县境内，永定公安机关在漳州公安机关接到报案而未立案的情况下，接受报案而立案侦查，并未超越管辖权。上诉人以东港公司代理人的身份，假冒该公司总经理，骗取受害单位的信任，而签订东港公司并未要求其购销大量水泥的合同，为闽友公司骗取保证金，并擅自更改受害单位为防止上诉人支取的保证金而预留在银行的印章，支出40万元另作他用，其行为已证明其主观上具有骗取他人钱财的故意，这一事实有证人严宏根、卢林学、林树荣、黄建丽、林英娜及更换了的银行印鉴，账户查询单等证据证实。证人严宏根在公安机关依法取证后，又给辩护人写的证明内容与公安机关依法取得的证言不一致，应以侦查机关的依法取证为准。上诉人及其辩护人的辩解与辩护意见均不能成立，不予采纳。原判事实清楚，证据充分，定性准确，对上诉人所判有期徒刑的量刑适当，审判程序合法，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第2项、《中华人民共和国刑法》第224条第1款第3项、第231条、第47条的规定，判决如下：

一、维持永定县人民法院（2002）永刑初字第68号刑事判决的定罪、量刑部分，即被告人林朝晖犯合同诈骗罪，判处有期徒刑二年。

二、上诉人林朝晖犯合同诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金10 000元。

本判决为终审判决。

审判长：张武平

代理审判员：游志标

代理审判员：戴景彤

龙岩市中级人民法院

2002年8月27日

书记员：谢林昌

（三）侵犯人身权利犯罪

徐建平杀妻分尸案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、刑法面前人人平等原则的理解与适用
六、疑罪的处理——本案系故意杀人还是故意伤害致死
七、量刑情节竞合时的处理
八、结语
附录一：浙江省绍兴市中级人民法院刑事附带民事判决书
附录二：浙江省高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

徐建平，男，1958年8月3日生，汉族，大学文化，浙江省绍兴县人，原绍兴县轻纺科技中心有限公司总经理。徐建平原在当地一国营厂做技术工作，1994年辞职创办了"金昌电脑印花设计制版中心"，后改组为绍兴轻纺科技中心有限公司。在工作期间，以徐建平名义申报的国家专利有10项。他主编的《中国轻纺面料图集》，是纺织界广大设计人员及商贸人员重要的花样选定参考工具书，填补了国内空白。从1994年10月起在全国试用的计算机辅助先进技术，结束了国内印花布手工传统描稿的历史。绍兴轻纺科技中心有限公司，是世界上能生产数控印花机仅有的两家公司之一。此外，徐建平组织开发的"金昌EX6000"印花电脑设计分色软件，是当时国内少有的可参与国际竞争的专业软件，仅在绍兴县推广以后，每年轻纺业增加的附加值就达3.5亿元，目前依然占据着全国纺织

业50%左右的市场，还销往许多其他国家。其主持攻克的转移印花辊筒雕刻工艺，被科技部列为国家级高新技术项目。支持开发的数控激光直撞制网机，是国家两个五年计划都没有攻破的项目，徐建平仅用两年时间就一举攻克。

然而，就是这样一位屡建奇功的“科学家”，在事业辉煌、前景光明之时，却于2002年5月26日晚，因故与其妻子浙江省绍兴县轻纺科技中心有限公司董事长丁遐发生争吵，徐建平将丁遐杀害并碎尸。该案震惊全国。2003年4月1日上午9时30分，绍兴市中级人民法院一审以故意杀人罪判处徐建平死刑，剥夺政治权利终身。一审判决前后，近两百人联名上书浙江省高院表达民意，请求枪下留人，理由主要是徐建平为中国纺织行业以及地方轻纺科技事业作出过重大贡献。一时之间，纺织科学家杀妻案成为舆论关注的焦点，各种媒体争相报道。围绕如何对待民意以及是否应对科学家从宽处罚问题，社会公众各抒己见，莫衷一是。[①] 而在法理上，徐建平杀妻案也存在诸多疑难之处值得探讨。例如，如何看待200人上书背后所包含的民意？如何认定本案中的具体情节？如何看待被告人徐建平的科学家身份和对社会作出的贡献？巨大的社会影响以及处理中存在的理论难题，使本案当然入选本书。

二、基本案情

2003年1月15日，绍兴市人民检察院以绍市刑诉字（2003）第6号起诉书对徐建平提起公诉，指控被告人徐建平犯有故意杀人罪。其指控内容为：

“2002年5月26日晚9时许，被告人徐建平与其妻丁遐在绍兴县柯桥街道的绍兴县轻纺科技中心有限公司卧室内，因工作琐事发生争吵，丁遐打了徐建平两耳光，被告人徐建平顿生杀人之恶念，即拿起塑料茶杯朝丁遐的头部猛击数下，又使劲猛掐丁的颈部直至其窒息死亡。为掩盖罪迹，被告人徐建平取出钢锯将丁遐的尸体分头部、躯干和双下肢肢解成四块，随后将尸块装入一航空旅行箱内，运至该公司地下室水泵房，抛入消防蓄水池内；之后被告人徐建平又返回卧室擦拭地面血迹，并将钢锯、肢解尸体时所垫的棉被连同丁遐的公文包、手机一起装入航空旅行箱内，于次日携带至江苏省南京市，分别抛弃在一垃圾站和一条河里。被告人徐建平于同月29日潜逃外地，直至被公安机关抓获归案。”[②] 公诉机关认为徐建平之行为已构成故意杀人罪。对其应依照《中华人民共和国刑法》第

① 参见：《科学家犯罪200人求情，功大可抵罪?》，载《人民网》2003年6月10日；《科学家杀妻200人上书呼吁枪下留人》，载《中国青年报》2003年6月6日；《科学家杀妻能否不偿命?》，载《浙江在线网》2003年6月26日；《徐建平杀妻，当法制遭遇知识……》，载《南方网》2003年6月23日。

② 引自“浙江省绍兴市人民检察院起诉书绍市检刑诉字（2003）第6号”。

232 条[①]之规定处罚。

被告人徐建平辩解其系一时失手将丁遐打死，并非故意要杀死丁遐，请求对其从轻处罚。其一审辩护人认为：（1）被告人徐建平主观上没有杀人的故意，丁遐是在徐建平将其脸揿在棉被上打时被闷死的，故徐建平之行为属故意伤害致人死亡，不构成故意杀人罪。（2）被告人徐建平家族有精神病史，徐建平平时有精神异常情况，故不排除徐建平作案时患有精神病之疑。[②]

浙江省绍兴市中级人民法院（2003）绍中刑初字第 15 号刑事附带民事判决书认定的事实为：

“被告人徐建平与被害人丁遐系夫妻，在绍兴县轻纺科技中心分别担任总经理和董事长，二人因工作等方面的事情，时有争吵。2002 年 5 月 26 日晚，丁遐与被告人徐建平等人一起吃晚饭后，先回其公司卧室，被告人徐建平等人仍继续喝酒，至晚上 9 时许，徐建平亦回卧室，因工作及家庭琐事，徐、丁夫妇再次发生争吵，徐建平顿生火气，借着酒劲，一手用茶杯击打丁遐头部，一手使劲猛掐丁的颈部直至丁窒息死亡。为掩盖其杀人行为，徐建平用钢锯将丁遐的尸体分为头部、躯干和双下肢肢解成四块，装入一航空旅行箱内，并抛入该公司地下室消防蓄水池内。随后，徐建平又返回其卧室擦拭地面血迹，并将钢锯、肢解尸体时所垫的棉被、丁遐的公文包、手机等一起装入航空旅行箱内，于次日携带至江苏省南京市予以丢弃。”[③] 其对案情始末的事实认定基本同于起诉书所指控的内容。对于一审辩护人的第一项辩护，绍兴中院认为，“尸体检验报告及照片，清楚表明被害人丁遐颈部有损伤，系遭扼颈后至窒息死亡之事实，被告人徐建平对此亦供述在案，因此辩护人提出丁遐是在徐建平将丁遐的脸揿在棉被上打时而闷死的，系主观臆断，法院不予采纳。对于一审辩护人的第二项辩护，绍兴中院认为，浙江省精神卫生研究院精神疾病司法鉴定书，证实被告人徐建平作案当时及目前无精神病，有完全责任能力。该鉴定书系依照法定程序由鉴定部门依法作出，具有证明效力，故被告人徐建平及其辩护人认为据以得出该鉴定结论的依据材料不清，其鉴定结论不科学的异议及辩护人认为不能排除徐建平作案时患有精神病之疑的理由不能成立，法院也不予采纳。”[④]

在上诉中，徐建平提出，原判认定其系扼丁遐颈部致丁窒息死亡事实不清，

---

① 《中华人民共和国刑法》第 232 条规定：故意杀人的，处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

② 参见“浙江省绍兴市中级人民法院刑事附带民事判决书（2003）绍中刑初字第 15 号”。

③ 引自“浙江省绍兴市中级人民法院刑事附带民事判决书（2003）绍中刑初字第 15 号”。

④ 引自“浙江省绍兴市中级人民法院刑事附带民事判决书（2003）绍中刑初字第 15 号”。

证据不足；并再一次辩称其用左手按住丁后颈部，右手对丁实施殴打时，丁因口鼻被压在棉被中无法呼吸而意外闷死，其没有杀人故意；原判采用的司法精神病鉴定系不符合事实和科学的错误鉴定；被害人对案件的引起有严重过错；其在纺织业有技术创新，产出专利和创造财富的能力，要求从轻处罚。其二审辩护人也提出，公安机关尸体检验报告的结论不正确，徐建平没有杀人的动机和故意，徐的行为是故意伤害，徐建平犯罪情节一般，犯罪后果和社会危害不属最严重，徐建平还在羁押期间完成了三项专利设计，有立功表现，原判量刑畸重，要求从轻处罚。辩护人还要求对徐建平重作司法精神病鉴定。

二审法院认为本案一审法院认定的事实无误。

三、裁判要旨

被告人明知掐人颈部会造成窒息死亡之后果，仍积极为之，其杀人故意显见，符合故意杀人罪构成要件。虽因家庭矛盾一时火起而杀人，但杀人后分尸灭迹，又畏罪潜逃，社会影响恶劣，情节特别严重，已不足以从轻处罚。将在羁押期间完成专利设计并正在申请专利认定为立功表现并无法律依据，不能成立。

四、引发的理论问题

从前述关于本案基本案情的叙述可以看出，控辩审三方对本案以下事实存在不同看法：①被告人徐建平系故意杀害丁遐还是故意伤害丁遐致其死亡？②被告人徐建平是否患有精神病？同时，对于徐建平系纺织行业著名科学家以及对社会所作出的重大贡献是否应当作为从宽处罚情节，如何看待200人上书请求免徐建平一死这一事件等问题，也存在不同看法。由此引发了以下理论问题：

（一）对刑法面前人人平等原则如何理解与适用

徐建平被一审判处死刑前后有近两百人上书法院，为他求情，其中多数为知识分子，主要理由是他为中国纺织业作出过重大贡献。徐建平的二审辩护律师也认为，徐建平有重大社会贡献，应与有重大立功表现的罪犯受同等“待遇”，可以从轻处罚。而且本案发生在家庭内部，因琐事争吵而致此结果，社会危害性小于一般故意杀人罪，因此请求对徐建平从长计议，网开一面。本案被告人科学家兼丈夫的身份能否成为从宽处罚的理由，刑法能否因被告人杰出的社会贡献而进行法内或是法外开恩，这都涉及刑法面前人人平等原则的理解与适用，本文将对此作一分析。

（二）如何处理疑罪——本案应当定性为故意杀人罪还是故意伤害罪（致死）

本案的二审辩护律师认为，一审定性徐为故意杀人罪不正确。纵观全案，徐

建平不存在蓄谋杀妻的故意，从公安侦查阶段的交待笔录看，徐的本意是“教训”一下妻子，却不意失手误杀了她。从调查情况看，当时徐是左手按住妻子丁遐颈后，丁遐脸被埋压在棉被中，在打了妻子并见她不动后，就拉了棉被一半盖在妻子身上，另一半盖在自己身上睡着了，凌晨觉得妻子身体发凉，始觉闯了大祸。平时夫妻间因工作、生活琐事虽时有争吵，但并无其他本质的矛盾冲突。当天丁遐是被丈夫按住颈后殴打时，由于口鼻在棉被中受挤压无法呼吸而意外闷死，因此徐的行为应属故意伤害致人死亡。[①] 而徐建平最终以故意杀人罪定罪判刑。结合各类司法文书纵观全案，一些细节问题没有得到明晰的解决，使本案在此罪与彼罪之间界限模糊，成为疑罪。对于疑罪如何处理便成为本文探讨的问题之一。

（三）如何处理量刑情节发生竞合的情形

同一案件中并存两个以上量刑情节，是量刑情节的竞合。量刑情节的竞合有同向竞合和逆向竞合之分。量刑情节的同向竞合，是指并存的两个以上的从宽情节或从严情节。量刑情节的逆向竞合，是指并存的两个以上的量刑情节中，既有从宽情节，又有从严情节。本案中则存在如上所述的逆向竞合情节。徐建平杀人之后的分尸及潜逃行为为酌定从严情节，而徐建平平时为社会作出重大贡献，一贯表现良好，羁押期间又努力进行专利设计，悔罪态度积极，为酌定从宽情节。当这些从严与从宽情节并存时如何处理值得研究。

上述三个问题的解决，尤其是第一与第三个问题的解决，不但对于本案的定罪量刑具有决定性的意义，还对刑法上其他类型的案例具有普遍指导意义。因此，虽然这些问题业已大规模地被讨论过，并不意味着现在可以袖手不问了，或者说这个问题是否真的业已解决？诚恐不然。

五、刑法面前人人平等原则的理解与适用

徐建平被一审判处死刑前后有近两百人上书法院，为他求情，主要理由是他为中国纺织业作出过重大贡献。特别是中科院博士后王寅生在写给浙江省高院的呼吁信中说：“从长计议留下徐建平一命，对家庭[②]、对企业、对地方经济、对轻纺科技、对国家纺织行业都为最理想的选择。本案局限在家庭内部范围，不同于其他危害社会范围的刑事案件。从徐建平的社会贡献看，他是一般企业家难以

① 参见“科学家徐建平杀妻，200 人上书呼吁枪下留人”，载《中国青年报》2003 年 6 月 6 日。

② 徐建平与丁遐育有一名可爱的女儿，尚未成年，在失去母亲后又将失去父亲。

与之比较的，如果不处以极刑，它就有可能继续这种常人难以作出的贡献。”[①] 徐建平的二审辩护律师也认为，徐建平有重大社会贡献，且在羁押期间有三项实用新型专利设计，应与有重大立功表现的罪犯受同等“待遇”，从轻处罚。[②]

（一）对刑法面前人人平等原则的理解

1997 年 3 月，第八届全国人民代表大会第五次会议通过新刑法，并在其中第 4 条正式明文规定：“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”这是新中国成立以来，我国刑法第一次将它作为基本原则所作出的明确规定。这项原则的确立目的着重在于反对官轻民重、以官压民、以公压私、以大压小、以强凌弱的不平等现象，实现官民平等、公私平等、大小平等、强弱平等。[③]

刑法面前人人平等原则是现代刑法的基本原则，其由人权平等原则派生而出。该原则，又称法律面前人人平等原则[④]、适用刑法一律平等原则、适用法律一律平等原则、适用刑法人人平等原则[⑤]、罪刑平等原则[⑥]等，其基本精神是一致的，只是在内容范围、适用范围和表达方式上略有不同。本着既能体现刑法特点，又使文字精练易懂的目的，我们采用“刑法面前人人平等原则”的表述。该原则也是我国宪法中规定的社会主义法制原则在我国刑法中的具体体现。我国宪法规定，任何组织和个人都必须遵守宪法和法律、都不得有超越宪法和法律的特权，中华人民共和国公民在法律面前一律平等。宪法原则——法律面前人人平等——的刑法典化，意在强调刑法于每个人都应平等地被适用。其基本含义是：任何人犯罪，不分性别、种族、民族、语言、出身、文化、党派、团体、信仰，也不分财产多寡、地位高低、职务大小都应受到法律的追究；同样情节的犯罪人在定罪处罚时应当平等；任何人不得有超越法律的特权，不得因犯罪人的特殊身份和地位加重或减轻处罚。

刑法面前人人平等原则符合市场经济体制的需要。平等是市场经济体制的客观要求。市场经济是多元主体在同一规则下都可以参加公平竞争的一种经济模

① 华中科大激光研究院研究员何云贵也致信法院：“鉴于徐建平在中国轻纺技术行业内所处的重要地位，恳请法外施恩，枪下留人。”在吁请枪下留人的人员中，还有绍兴当地的几十位工程师、人大代表，他们几乎表达了同样的观点。参见《杰出科学家杀妻分尸，200 人上书求情，功大可抵罪?》，载《中国律师网》2003 年 6 月 10 日。

② 参见《该不该赦免科学家》，载《新浪网》。

③ 参见赵秉志：《刑法改革问题研究》，中国法制出版社 1996 年 1 版，第 27 页。

④ 参见樊凤林：《我国刑法典规定的基本原则》，载《法学杂志》1997 年第 3 期。

⑤ 参见周其华：《中国刑法总则原理释考》，中国方正出版社 2001 年版，第 45 页。

⑥ 刘树德：《宪政维度的刑法思考》，法律出版社 2002 年版，第 18 页。

式，其对每一个事件的随机概率都是相同的。在市场经济中每一主体首先是竞争权利平等，即每一个参与市场竞争的行为者，在政治地位、经济地位、法律地位上都是平等的；其次是竞争尺度平等，即在竞争过程中衡量竞争的合理性、合法性的标准是完全一致的。[①] 市场经济的平等竞争，必然要求法律面前人人平等原则为其提供制度保障，刑法面前亦不例外。

刑法面前人人平等原则是法律格言——“人皆平等”的制度化表现。从应然的层面上看，其意味着人的价值和人格是平等的。“生命、身体是人格的根本要素，在其本质上，是不能用任何尺度进行相互比较的，与此同时，社会生活是由于这样的人格者的结合而成立的，尊重、保护人格是法秩序的基本要求；而且在任何意义上都不允许将人格作为手段，而必须作为其自身目的，这是法的本质立场。”[②] 申言之，平等观念也就意味着对他人的尊重。尊重他人就是“把他人当作人，当作和自己一样的人，当作现代社会中的人，当作应当享有现代社会权利的人”,[③]“尊重他人的权利是防范犯罪唯一可靠和万无一失的手段；一旦不是每一个侵犯他人权利的人在行使它自己的权利时恰恰在同等程度上受到阻止，那么不平等就会或多或少地存在着，人们也就永远无法实现这种意图。因为只有这样一种对等一致能在人内在的道德培养教育和国家措施之间保持和谐，没有这种和谐，即使是最巧妙的立法也永远不能达到其最终目的。”[④] 黑格尔曾经指出，侵犯了具体意义上的定在，侵犯了作为法的法，这就是犯罪，也就是十足意义的否定的无限判断。刑罚应当在具体而明确的定在中，来理解自由意志和人格，作为理念，它必须具有这种定在。[⑤] 在笔者看来，黑格尔所说的犯罪“定在”就隐誉着立法者建构罪状应尊重抽象意义上犯罪人的人格，进而配置相应的刑罚。

“平等乃是一个具有多种含义的概念。它所指的对象可以是政治参与权利、收入分配制度，也可以是不得势的群体的社会地位与法律地位。其范围涉及法律待遇的平等。”[⑥] 平等意味着，“相同的人和相同的情形必须得到相同的或者至少是相似的对待，只要这些人和这些情形按照普遍的争议标准在实质上是相同的或相似的。”[⑦] 因此，刑法面前人人平等也就意味着，凡是刑法视为相同的人，都

---

① 参见李晓秋、付炳其主编：《市场经济 300 题》，中国经济出版社 1993 年版，第 378 页。

② 参见［日］木村龟二：《刑法总论》，有斐阁 1978 年增补版，第 270 页。

③ 参见张明楷：《刍论刑法面前人人平等》，载《中国刑事法杂志》1999 年第 1 期。

④ 参见［德］冯·洪堡：《论国家的作用》，林荣远等译，中国社会科学院出版社 1998 年版，第 148 页。

⑤ 参见［德］黑格尔：《法哲学原理》，扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 106 页。

⑥ ［美］博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 280 页。

⑦ ［美］博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 282 页。

应当得到法律所确定的方式来对待。[①] 刑法面前人人平等原则，具体主要包括以下方面：平等地保护，即所有主体的权益都平等地得到刑法的保护，而不能只保护部分主体的权益；平等地定罪，即严格根据犯罪事实与刑法规定认定犯罪，行为人地位的高低、权力的大小、性别的差异、才智的强弱都不能影响犯罪的成否与轻重；平等地量刑，即犯罪性质相同、社会危害性相同、人身危险性相同时，量刑也应相同，行为人地位的高低、权力的大小、性别的差异，才智的强弱都不影响刑罚的高低；平等地行刑，即对被判处刑罚的人应当严格依照刑事法的规定平等地执行。[②]

然而，刑法面前人人平等原则并不意味着各方面绝对均等。平等不是平均主义。从实然的层面上看，人与生俱来的能力是有差别的，人与人之间的不平等有着无可否认的自然基础。教育程度、生存环境、民族习惯、文明进化程度等因素造成的不平等是现实存在的。基于此种客观上的不平等，刑法上的“平等”包括了两方面的含义：①形式上的平等，②实质上的平等。形式上的平等指的是平等适用刑罚，同罪同罚。但是就像世界上没有完全相同的两片树叶一样，司法实践中没有完全相同的犯罪。即使罪刑基本相同，罪犯的个人情况也不尽相同，相同的刑罚对不同罪犯的惩罚和教育效果也不一样，如果单纯追求形式上的平等，则往往蕴涵着实质上的不平等。边沁就提出：“不应对所有罪犯的相同之罪运用相同之刑。”从法律意义上讲，平等是指公正无偏。因此，不能把刑罚平等绝对化。法律已经为法官在量刑时自由裁量提供了必要空间，只要法官根据具体的案情和行为人的行为对社会危害的严重程度等情况的真实性判断无误，且不受法官审判意识之外的非法外在因素的影响，在法定刑的量刑幅度内决定宣告的刑罚，那就是公平的，也是公正的。[③] 某些罪刑规范会给予一定“类别人”不平等的对待，例如，对于未成年人犯罪的减免刑事责任的规定；某些条文有时甚至以形式上的不平等追求实质上的平等，例如第 90 条关于民族自治地方变通或者补充刑法的规定。但是，对一个“具体人”是奖赏还是惩罚以及如何奖赏与惩罚，不是取决于该人的地位、身份、文化水平等；而应是取决于那些对行为的社会危害性程度和行为人的人身危险性的评价产生影响的因素。[④] 换言之，由于社会关系的性质及其在社会生活中的地位不同，刑法对各种社会关系的保护程度也不可能完全均

① 参见［美］博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 281 页。

② 参见刘树德：《宪政维度的刑法思考》，法律出版社 2002 年版，第 14 页。

③ 参见刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年版，第 14 页。

④ 刘树德：《宪政维度的刑法思考》，法律出版社 2002 年版，第 15 页。

等，而是应当主次有别，轻重有别。这也体现了主客观相统一原则与刑罚的个别化思想。这种形式上的不平等之后的实质上的平等并不是对刑法面前人人平等原则的践踏，恰恰相反是其更为深刻与完备的体现。

（二）刑法面前人人平等原则的适用

1. 刑法上的“身份”

笔者在上文提到，对一个“具体人”是奖赏还是惩罚以及如何奖赏与惩罚，不是取决于该人的地位、身份、文化水平等，而应是取决于那些对行为的社会危害性程度和行为人的人身危险性的评价产生影响的因素。应当注意的是，这里说的“身份”不同于刑法本身所涉的“身份”，我们称后者为特定身份，它们的量刑规定是有所不同的。因为刑法这种特定身份对量刑轻重有影响的规定，是立法者基于惩治与预防犯罪的需要而预先设置的。不同的特定身份反映了罪犯不同的人身危险性与社会危害性。比如对累犯从重处罚，对未成年人犯罪、自首者、立功者从宽处罚的规定，等等。在本案中，上书者请求对徐建平“开恩”包括了以下两个理由，即徐建平是能为社会作出重大贡献的科学家、本案发生于家庭内部。那么徐建平“科学家”的身份，以及其相对于丁遐而言亲属的身份是否属刑法予以考虑的特定身份范围呢？

在刑法理论上，就自然人犯罪而言，犯罪主体通常被分为一般主体与特殊主体两种。“犯罪的一般主体，是指我国刑法仅要求行为人达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力即可构成犯罪的那些犯罪主体。犯罪的特殊主体，是指我国刑法要求行为人在具备一般主体的条件基础之上，还必须具备特定身份才能构成犯罪的那些犯罪主体。”[①] “犯罪特殊主体最主要的特征是犯罪人除具备犯罪主体的基本要件以外，还具有特定的身份。”[②] 从一般意义上讲，“身份”是指人的出身、地位和资格，是指人在一定的社会关系中的地位，因而人人皆有其身份。犯罪主体的特定身份有其独特的含义。按照刑法理论中较为通行的主张，所谓犯罪主体的特定身份，是指刑法所规定的影响行为人刑事责任的行为人人身方面特定的资格、地位或状态。如国家机关工作人员、军人、司法工作人员、辩护人、诉讼代理人、证人、依法被关押的罪犯、男女、亲属等。这些特定身份不是自然人犯罪主体的一般要件，而是某些犯罪的自然人必须具备的要件。[③]

---

① 高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社 1989 年版，第 123 页。

② 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1991 年版，第 270 页。

③ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第二版），北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版，第 103 页。

就可能影响行为人刑事责任的特定身份而言，在刑法上有四种不同情况：一是人的自然特征即年龄、生理等方面的特征所形成的身份，如不同刑事责任年龄段的人，不同刑事责任能力的人对其行为的刑事责任的影响；二是人的相对固定的社会特征即由其担任的职务或所从事的职业所形成的身份，如国家机关工作人员的身份对其行为的刑事责任的影响；三是人的临时性社会特征如在某个行为或某些活动中所起作用所形成的身份，如“首要分子”对其行为刑事责任的影响；四是在单位犯罪中自然人的身份，如在单位犯罪中“主管人员”的身份对其本人的刑事责任的影响。

从形成方式上加以区分，刑法上的特定身份可以有自然身份与法定身份之别。所谓自然身份是指人因自然因素所赋予而形成的身份。例如，基于性别形成的男女之分，基于血缘形成的亲属身份等；所谓法定身份，是指人基于法律所赋予而形成的身份，例如军人，国家机关工作人员，基于婚姻而形成的亲属关系等。根据犯罪主体的身份对行为人刑事责任影响性质和方式不同，又可分为定罪身份与量刑身份，所谓定罪身份，是指决定刑事责任存在的身份，又称为犯罪构成要件的身份。缺此身份，犯罪主体要件就不具备，因而也就没有该具体犯罪构成，不构成该种犯罪。所谓量刑身份，又称为影响刑罚轻重的身份，是指按照刑法的规定，此种身份的存在与否虽然不影响刑事责任的存否，但影响刑事责任的大小，其在量刑上，表现为从重、从轻、减轻甚至免除处罚的根据。①

结合本案，上书者请求枪下留人的理由之一，是认为本案局限在家庭内部范围，不同于其他危害社会范围的刑事案件。徐建平与被害人丁遐基于婚姻形成亲属关系，从刑法的身份上来看，以“亲属关系”作为影响定罪量刑的情节的罪名只有《刑法》第 258 条的重婚罪、第 260 条虐待罪和第 261 条的遗弃罪。而不包括故意杀人罪。这些罪名的处罚相对于一般案件较轻，之所以如此是由于因家庭内部问题而发生的刑事案件不同于家庭外部的刑事案件，其所涉的个人情感往往更为复杂微妙。而徐建平实施的是对妻子的故意杀人行为，虽然在抽象上与其他侵犯人的生命权利的犯罪一样具有严重的社会危害性，但由于因家庭与工作琐事发生争吵所致，可参照刑法对于遗弃罪、虐待罪、重婚罪的立法精神予以从轻考虑。另外，根据 1999 年 10 月 27 日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》），“对故意杀人犯罪是否判处死刑，不仅要看是否造成了被害人死亡结果，还要综合考虑案件的全部情况。对于因婚姻

---

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第二版），北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版，第 105 页。

家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任，或者被告人有法定从轻处罚情节的，一般不应判处死刑立即执行。”虽然《纪要》将案发场所直接针对农村，但是不管农村也好城镇也好，家庭矛盾都是大同小异。徐建平杀妻分尸一案的案发是基于家庭与工作琐事的争吵，且当时徐建平是在酒后。被害人丁遐打了徐建平两巴掌，对于矛盾的激化也有直接原因。因此，徐建平杀妻一案亦可参照此精神对徐建平从宽处罚。

在此需要特别总结一下的是，对徐建平可以考虑从宽处罚并非因为徐建平与丁遐有“亲属关系”就可以了，在杀人案件中，“亲属关系”或是“丈夫”的身份并非刑法所考虑的特定身份，并不能简单依此改变基本量刑，而本案最后之所以又能改变量刑，是由于这种身份结合了立法精神与个案所显现出来的徐建平的人身危险性小于一般杀人者。从宽是罪责刑相适应原则的体现。

上书者的另一个理由则基于徐建平的“科学家”身份，其对社会作出的重大贡献。笔者将在下文对之进行论述。

2.“能人犯罪”的刑法考量

徐建平“科学家”之名，并非基于法律的赋予更非基于自然因素形成，也不属于刑法需给予特殊考量的身份因素。刑法所要考量的是行为人的人身危险性与社会危害性之大小。徐建平在纺织界取得的巨大成就并不必然意味着其人身危险性或社会危害性小于社会普通人。当然，退一步讲，徐建平即使人身危险性与社会危害性大，但在其对社会作出过并还能作出巨大贡献的情况下，是否可以考虑对其量刑从轻或减轻？这个问题让我们回到了 20 世纪 90 年代一场关于“能人犯罪能否从宽处罚”的大讨论中。

这里所说的“能人犯罪”应当具备三个特点：一是发生在生产、科研、管理经营和经济交往过程中；二是犯罪的动机和目的情有可原；三是对这些犯罪从宽处理容易得到民众的支持和理解。① 徐建平在羁押期间完成了 3 项实用新型技术，被国家知识产权局专利局受理，这 3 项技术发明都与纺织行业有关，徐建平本人拥有多项国家专利，还曾被评为 2001 年度全国生产力促进中心先进个人。其犯罪因一时火起。在一审判决前后，又有近两百人联名上书请求法院从长计议，留下其命。徐建平显然是属于“能人犯罪”。

对于“能人犯罪”，当时我国刑法理论和司法实践中存在着两种截然不同的

① 参见赵秉志：《刑法各论问题研究》，中国法制出版社 1996 年版，第 127 页。

分歧意见：第一种意见认为，“能人犯罪”现象固然是事实，但这些犯了罪的能人毕竟不同于其他犯罪人，它们在改革开放、搞活企业等方面起着关键作用，因此在司法对策上应采取“网开一面”的慎重的处理方法，使他们能继续为社会创造更多的利益，以“将功赎罪”。第二种意见认为，法律面前人人平等是我国社会主义法制的根本原则，对构成犯罪、应追究刑事责任的任何人，都应根据我国刑罚和刑事诉讼法的有关规定依法处理与制裁。特别是在我国经济建设掀起高潮的今天，更应该严惩经济犯罪，以净化经济环境，保障建立公平竞争的市场机制，促进商品经济的健康发展。[①] 当时的观点对今天仍有借鉴意义。笔者倾向于第二种观点，但是，同时也认为，我国刑法具有保障和促进经济发展的特殊功能，这种经济功能的内容之一就是直接为经济建设服务，促进经济发展。因此，在处理“能人犯罪”的过程中采取慎重的态度和方法是必要的。司法机关在处理这类案件时，一要坚决，二要慎重和务必搞准。在量刑上，必须坚持罪刑法定和罪刑相适应原则，根据“能人”犯罪人犯罪行为的社会危害性、其人身危险性和再犯可能性的大小，决定其应被判处的刑罚。对证据不足，事实不清的能人犯罪案件不能草率定案，对此类案件可按“罪疑从轻”或“疑罪从无”原则去处理，以避免出现冤案、错案，挫伤能人的积极性。这种慎重的态度一定要和具体犯罪的性质、社会危害性、危害后果等联系起来，要使量刑既符合法制原则又有利于经济建设。[②] 体现在一个人身上的“功”与“罪”是两个不同质的问题，是不能互相渗透和补偿的。对能人犯罪慎重处理不是“将功赎罪”，也不是对刑法面前人人平等原则的践踏，而是实质平等与刑罚个别化原则的体现，是对我国经济建设与法治建设的负责。

对于徐建平这样的能人犯罪案件要慎重对待，但又不能违背刑法面前人人平等原则，因此在定罪上，仍要严格根据犯罪事实与刑法规定来认定，该是什么罪就应是什么罪。在量刑上，要结合有效证据根据其犯罪性质、社会危害性、人身危险性的大小来判处刑罚。

六、疑罪的处理——本案系故意杀人还是故意伤害致死

在本案中不可否认地有这样一个争论焦点，即徐建平到底是故意伤害致其妻丁遐死亡还是故意杀害其妻丁遐。徐建平辩称自己并没有杀妻的故意，当时只是想教训教训丁遐，所以当时他用左手把丁遐脸朝下揿在床上的棉被上，右手持杯

① 参见赵秉志：《刑法改革问题研究》，中国法制出版社 1996 年版，第 520 页。
② 参见赵秉志：《刑法改革问题研究》，中国法制出版社 1996 年版，第 524 页。

打击丁遐的头部，揿住打了一会儿就拉了条棉被一半盖在丁遐身上，另一半盖在自己身上睡觉了，后来睡着后碰到丁遐人，感到有些凉，一惊醒看到丁遐手有点紫，才知道自己闯祸了。而检察院在起诉中用了这样的表述“……丁遐打了徐建平两耳光，被告人徐建平顿生杀人恶念，即拿起塑料茶杯朝丁遐的头部猛击数下，又使劲猛掐丁的颈部直至其窒息死亡。为掩盖罪迹，被告人徐建平取出钢锯将丁遐的尸体分头部、躯干和双下肢肢解成四块，随后将尸块装入一航空旅行箱内，运至该公司地下室水泵房，抛入消防蓄水池内；之后被告人徐建平又返回卧室擦拭地面血迹……”

对照徐建平的辩护与判决书，笔者发现以下几个问题较为模糊：

（1）作案的时间跨度。徐建平称自己在打完丁遐后睡了一觉，而检察院起诉书中没有提及睡觉一事，起诉书用“顿生（杀人恶念）”“直至（其窒息死亡）”、“随后”、“之后”等连接词，使人完全体会不到徐建平在打完人之后有睡觉一事；一审的刑事附带民事判决书中采用了一个模糊时间连接语“后”字，浙江省高院的刑事裁定书则用了“而后（分尸抛尸灭迹）”一词，若没有看过辩护词也根本不可能知道中间可能还有其他事情的发生。笔者认为这个细节相当重要。若中间没有睡觉一事，说明徐建平杀人、分尸、抛尸的一系列行为都是连续的，根据刑法主客观相统一原则，定为故意杀人罪是在法理之中；但若徐建平在打完妻子后确实睡了一觉，则徐建平的杀人故意就受到质疑了。徐建平平时为人较为和善，没有什么不良记录，且夫妇俩合办的事业蒸蒸日上，三口之家也算美满，不存在杀妻的动机。即使真如起诉书所写“顿生杀人恶念”，那么徐建平在杀人恶念的支配下进行了杀人行为，其后却无事般地睡了一觉，接着再去分尸、抛尸，如此沉着如此冷静，对于第一次犯案的人来说太不可思议，除非徐建平真是精神有问题，倒是故意伤害更能令人接受，更能符合主客观相统一原则。但是，到底徐建平有否中间睡觉一事并无直接证据证明，仅有其自己的一纸口供，鉴定书也只能证明丁遐之死系由徐建平扼颈至窒息死亡，并不能证明此扼颈时的主观内容，更不能证明徐建平是随后分尸还是睡醒后分尸。因此到底是故意杀人致死还是故意伤害致死缺乏有效证据证明了。在只有被告人口供的情况下是做有利于被告人的判定还是做不利于被告人的判定呢？

（2）关于作案时打击工具之一茶杯的明确。公安局在起诉意见书中用“玻璃杯”一词，到起诉书上成了“塑料茶杯”，到一审刑事附带民事判决书中则成了“茶杯”，虽然鉴定书认为丁遐之死系由扼颈窒息而致，与茶杯打击无关，但是笔者认为徐建平到底用什么茶杯打击丁遐却关系到徐建平是否有杀妻的故意，很明显用塑料茶杯打击与用玻璃茶杯打击的主观恶性是不一样的，前者与故意伤害相

匹配，而后者更容易与故意杀人结合起来。但是，从侦查机关到审判机关始终没有查清这个细节而是采取了模糊对付的方法，笔者认为这是考虑欠缺的。我们说法律语言要力求精确明了，尤其是在刑法上，因为一字之差即可能影响到人之生死，所谓“失之毫厘，谬之千里”。每个人的生命都极其珍贵，一去不返。刑法是被害人的大宪章亦是被告人的大宪章，司法细节对于保障被告人的权利有时至为重要。这些细节没有在证据上得到解决，使得徐建平的杀人罪成为疑罪。对于疑罪该如何处理将是本节所要讨论的问题，在解决这个问题之前，有必要先对故意杀人罪与故意伤害（致死）罪作一番比较。

（一）故意杀人罪与故意伤害罪之比较

1. 故意杀人罪的特征

根据《刑法》第232条的规定，只要是故意杀人并将他人杀死的，如果没有从轻情节，就应当首先考虑适用死刑。显然，故意杀人罪适用死刑的法定条件是“故意杀人并将人杀死”。那么，如何理解这一条件呢？我们认为，从总体上讲，这一条件是指故意杀人行为对他人人身权利的危害达到了最为严重、无以加复的程度。如果综合故意杀人行为的手段、对象、后果以及其他情节来看，其行为已经达到了刑法总则所规定的适用死刑的实质性要件“罪刑极其严重”时，即可动用死刑这一极刑。具体而言，可以从以下几个方面予以认定：①故意杀人造成1人甚至数人死亡，或者造成其他特别严重后果，如虽未致人死亡，但使数人甚至数十人重伤或者严重残疾的；②为实施其他严重刑事犯罪而故意杀人，或者故意杀人后再实施其他严重刑事犯罪，如强奸杀人，抢劫杀人；③故意杀人虽未造成他人死亡，但手段特别残忍，如采取时间较长的残害身体的方法剥夺他人生命的；④采取危险性极大的方法故意杀人，如投放毒害性物质或者传染病病毒等方式杀人，致人死亡或者多人重伤或者造成其他特别严重后果的；⑤动机卑鄙的故意杀人，如出于报复社会、杀害情敌等动机而故意杀人的；⑥多次实施故意杀人行为，最严重危害他人的人身安全和社会治安秩序的；⑦因故意杀人被判处过刑罚又犯本罪、严重危害他人的人身安全和社会治安秩序的；⑧故意杀害直系尊亲属，社会影响特别恶劣，或者造成其他特别严重后果的；⑨故意杀人以后出于毁灭证据或者其他恶劣动机而焚毁尸体的；⑩其他对于他人的人身安全和社会治安秩序危害特别严重的故意杀人，如人数众多、组织庞大、活动猖獗、危害严重的故意杀人，等等。

需要指出，尽管故意杀人罪的死刑适用方式是“死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑”，即使依法应当适用死刑，也要注意刑法总则规定的死刑适用规格“罪刑极其严重”相协调，只有对那些不论是从分则规定的条件上看是应当适

用死刑，还是从总则上看，其行为又符合了“罪刑极其严重者”才能以死刑惩治。即使如此，对于那些应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，仍可适用死刑缓期二年执行。对故意杀人罪来说，死刑仍然是最后的手段，而不是首选的刑种。①

2. 故意杀人罪与故意伤害罪之区分

此二罪的区分虽是老生常谈，却依旧在实践中令人困惑丛生。故意杀人罪是指故意非法剥夺他人生命的行为；故意伤害罪则是指故意非法损害他人身体健康的行为。二罪具有质的差别。从概念上二者的界限比较明确，但在司法实务操作中，并不那么简单。二者主要在以下两种情形中容易发生混淆：一是故意杀人既遂与故意伤害致死的界限；二是故意伤害罪与故意杀人（未遂）罪的界限。如本案即存在上述第一个问题。

（1）二罪区分的理论观点。故意伤害致死与故意杀人既遂，不仅在主观上同属于故意犯罪，而且在客观上都造成了他人死亡的结果；故意伤害与故意杀人未遂二者在主观上也是故意，客观上均造成被害人死亡的结果。它们在表现形式上具有极其相似之处。关于如何把握它们各自的特征，将二者正确区分开来，理论界有不同观点。

第一种观点为客观事实说。该学者认为区分故意杀人罪与故意伤害罪，如果以主观犯罪目的为认定标准，则当行为人矢口否认杀人目的时，司法机关就无法定罪，因而应以案件的客观事实为标准。究竟以哪些事实为标准，又有不同意见：有人认为，应以实际发生的犯罪结果为标准，也有人认为应以行为人的行为方式为区别标准，例如用可以致人死亡的工具，打击人的致命部位，就可以认定为故意杀人。②

第二种观点为目的说。该说认为，区分故意杀人罪与故意伤害罪的界限在于犯罪目的不同。只能根据犯罪人的犯罪目的来认定、判断有关案件的性质。理由是：犯罪目的是犯罪活动的出发点，它统帅犯罪活动的全过程，贯穿于犯罪活动的一切方面和整个活动过程的始终，并实现在犯罪结果上。犯罪目的在认定杀人罪与伤害罪中的重要作用是客观存在的。故意杀人罪的目的是非法剥夺他人的生命，故意伤害罪的目的是非法损害他人的身体健康。非法剥夺他人的生命是故意杀人罪的质的规定性，而非法损害他人身体健康则是故意伤害罪的质的规定性。

---

① 参见钊作俊：《死刑适用论》，人民法院出版社2003年版，第372—373页。

② 参见高铭暄主编：《新中国刑法科学简史》，中国人民公安大学出版社1993年版，第245页；宋晓新：《从犯罪行为来认定杀人罪与伤害罪》，载《人民司法》1980年第6期。

二罪的区别就在于他们具有杀人目的和伤害目的这两个不同质的内在属性，而这种内在属性又决定了与之相适应的行为方式以及带来的符合规律的结果。因此，判断一个案件是故意伤害还是故意杀人，关键在于确定行为人的犯罪目的是致人于死还是致人于伤。凡是行为人的犯罪目的是剥夺他人的生命，不论出于何种动机，也不论行为的方式、手段如何，也不论后果是既遂还是未遂，其行为性质都是杀人，构成故意杀人罪；凡是行为人的犯罪目的是损害他人身体健康的不管其他情况如何，也不论后果是致死还是致伤，其行为性质都是伤害，构成故意伤害罪。所以区分故意杀人罪与故意伤害罪，只能以行为人的犯罪目的为限，而不能另立其他标准。①

第三种观点为故意说。该说认为故意杀人罪与故意伤害罪的根本区别在于故意内容的不同，只有根据犯罪故意的实际内容才能正确区分这两种犯罪。二罪的根本区别在于其各自的故意内容，明知自己的行为会引起他人死亡的结果并希望或放任这种结果发生的，就具有剥夺他人生命的故意，不论是否造成被害人死亡的结果，行为的性质都是故意杀人，只具有伤害他人身体健康的故意，即使造成被害人死亡的结果，也只能认定为故意伤害（致人死亡）罪。有的学者指出，之所以要以故意内容作为区分两种犯罪的标准，是因为：①行为人的主观意识是决定其行为的主观根据。这种主观根据决定行为的性质。②刑法所称的行为是行为人犯罪意识表现于外部的身体动作。如果行为人没有特定的犯罪意识而在客观上造成死亡就不能成为杀人行为。③故意内容不同就可能构成不同的罪名。故意杀人罪和故意伤害罪在客观方面以及后果可能是相同的，行为大体是相似的，因而要区分这两种犯罪也只能从主观方面去寻找它们不同的犯罪根据。以故意内容区分这两种犯罪，行为人的犯罪目的是不可忽视的，但也存在着没有犯罪目的的间接故意的罪过形式，在此仅凭有无杀人目的去判断，而不考虑间接故意，同样会导致定罪错误。

（2）诸观点之评析及结论。对上述第一种观点有学者指出，无视故意犯罪行为人的主观因素，只根据犯罪行为或只根据犯罪手段、伤害的部位以及后果等客观情况来区分故意杀人罪与故意伤害罪是不科学的，其后果将是导致客观归罪。犯罪行为是主客观因素的统一，同样是致人死亡，其主观因素不同，行为性质也有重大区别。同样是一致人死亡的工具，如匕首可以用来杀人，也可以用来伤害，而且构成故意杀人罪，并非都是使用足以致人死亡的工具，用手足也可以杀人，仅仅凭是否使用了足以致人死亡的工具来认定是否构成故意杀人罪是不科学

① 参见赵长青：《试论杀人罪与伤害罪的区别》，载《青海社会科学》1981年第2期。

的。同样，采用“打击人的致命部位”的标准也是模糊的，如果行为人并不追求打击致命部位而是出于伤害故意追求打击的是非致命部位，但由于被害人的躲闪导致歪打正着，偏偏击中要害部位而致人死亡，是否一律定位故意杀人罪呢？若此，故意杀人罪与故意伤害致死罪还有什么区别？因此，简单地以使用的工具、打击的部位及后果为标准区分故意杀人罪与故意伤害罪是不科学的。

第二种观点摒弃了单纯以客观事实来区分故意杀人罪与故意伤害罪的错误做法，强调从犯罪主观方面来区分，有值得肯定之处，但完全以犯罪目的作为区分二罪的标准是片面的。这在直接故意伤害与直接故意杀人案件中，由于直接故意存在犯罪目的，因而以犯罪目的为标准固然可以将二者区分开来，但不能说没有杀人目的，就不能构成故意杀人罪，故意杀人罪既包括直接故意杀人也包括间接故意杀人，而间接故意杀人是不存在犯罪目的的。倘依此标准，则大量的间接故意杀人案件将会被错误地定性为故意伤害致死。因此该观点，少有学者赞同。

第三种观点是目前我国刑法理论界的通说。我们认为，通说以故意内容为标准来区分故意杀人罪与故意伤害罪无疑是正确的，完全符合犯罪构成理论。每种犯罪都具有其独立的不同于它罪的犯罪构成，区分此罪与彼罪的界限，也离不开犯罪构成。故意杀人罪与故意伤害罪的界限也就是两罪在具体犯罪构成上的差别。由于两罪在某些情况下存在客观表现形式上的相似性，因此从犯罪构成理论来看，两罪的区别首先在于犯罪客体的不同，其次是犯罪故意内容的不同。但是两种行为在客观上都有可能侵犯到他人的生命权利和健康权利，在具体行为中究竟侵犯哪一客体，取决于行为人主观罪过的内容。当行为人明知自己的行为会发生他人死亡的结果并希望或放任这种死亡结果发生时，就是故意杀人。尽管由于行为人意志以外的原因未发生死亡的结果，而只是造成他人身体的伤害，亦不影响其故意杀人的本质。当行为人明知自己的行为会发生损害他人身体健康的结果并且希望或放任此结果的发生时，就是故意伤害。尽管在客观上造成他人的死亡，但死亡结果并不属于行为人希望或放任的内容，行为人对此有过失时，仅对他人的死亡负过失的罪责，但行为的本质特征是故意伤害。

理论上标准的明确，并不代表实践中的具体问题就迎刃而解。由于客观情况的复杂性和主观故意的隐蔽性，查清行为人的故意内容并非容易。判断行为人的主观故意内容应综合考虑案件的各种情况，尤其应考虑案发原因、行为人与被害人的平时关系，使用的工具、打击部位与打击强度、侵害行为的实施方法、作案的时间、地点、周围环境，犯罪有无预谋及如何预谋，行为人对被害人是否抢救，行为人对死亡结果所表现出来的态度，等等。不能仅凭行为人的口供定案，也不能只考虑行为或结果的某一方面来定罪。对于那些目无法纪、胆大妄为、动

辄行凶、大打出手、不计后果一类的侵犯人身权利的案件，应根据案情，区别对待：a. 凡是明显具有杀人故意的，应以故意杀人罪论处；b. 在具体案件中，行为人故意内容难以确定的，应首先判断行为人有无伤害故意，如果行为人连伤害故意都没有，造成他人死亡或重伤结果的，就只能根据行为人有无过失，或者认定为过失致人死亡罪或过失致人重伤罪，或者以意外事件或一般违法行为论。如果可以认定行为人具有伤害故意，只是有无杀人故意难以确定的，为慎重起见，可按故意伤害论处。但是，既有伤害故意，又对他人死亡持放任态度的，应按照实际造成的后果定罪，即未造成死亡结果只是造成伤害结果的，应按故意伤害罪论。

本案中，徐建平对丁遐有伤害的故意内容不存在争议，至于这种伤害是否已经演化为杀人的故意则尚有疑义，且无有效证据证明。徐建平抱着教训教训丁遐的想法，用左手把丁遐面朝床单揿在床上，右手拿杯敲丁遐，其主观方面是明知自己的行为会造成丁遐身体的伤害，希望这种伤害后果的发生，但对因伤害造成丁遐死亡后果，并不持希望放任的心理态度。且徐建平平时为人和善，作案并无预谋，作案的工具为手与茶杯，相对的危险性较小，在有效证据缺乏的情况下，为慎重起见，我们认定徐建平故意伤害（致人死亡）罪更为妥当。[①] 这同时也是存疑有利于被告原则的要求。

（二）疑罪的处理——存疑有利于被告原则的适用

存疑有利于被告原则，是指在刑事诉讼过程中，当案件事实在证明过程中出现不确定因素时，应作出有利于被告人的解释或认定。“是指犯罪事实存在与否在证据上尚有合理怀疑时，则本乎刑罚解释谦抑性的作用，应为有利于被告之推定”。[②]

存疑有利于被告原则有其理论依据和现实意义。

（1）在我国古代即有存疑有利于被告思想的反映。《尚书》记载：“与其杀不辜，宁失有罪，宁失过以有赦”。而《唐律·断狱》亦规定：“诸疑罪，各依所犯以赎论”。

（2）“存疑有利于被告是由刑事诉讼的本质特点决定的。在刑事诉讼中，基于无罪推定的原则，控方必须提供证据证明被告人实施了特定的犯罪行为，被告人没有自证无罪的义务。而与强大的国家机关相比，被告人始终处于不利地位，

---

① 对于间接故意与故意伤害致人死亡问题，1999 年 10 月 27 日最高人民法院《全国维护农村稳定刑事审判工作会谈纪要》中也指出：间接故意杀人与故意伤害致人死亡，虽然都造成了死亡后果，但行为人故意的性质和内容是截然不同的。不注意区分犯罪的性质和故意的内容，只要有死亡结果就判处死刑的做法是错误的，这在今后的工作中，应当予以纠正。

② 林山田：《刑法通论》，台湾大学法律系 1998 年版，第 44 页。

如果不提升其地位、权利则极易使被告人成为诉讼的客体而非主体”。

（3）刑法与刑罚的功能也决定了存疑应该有利于被告。现代刑法确定了罪刑法定原则，刑法、刑罚的权益保护功能与自由保障功能必须达到相对的平衡，刑罚作为最严厉的制裁手段，只应在必要及合理的范围内实施。在案件事实存疑时作出有利于被告人的认定，在客观上维护了司法的自由保障功能，体现了刑法的谦抑性。

徐建平一案由于在证据问题上的模糊处理，使其所涉罪名成为事实上的疑罪。所谓疑罪，有两种基本情况，一是此罪与彼罪之疑，二是罪与非罪之疑。对于此罪与彼罪之疑，笔者认为，应当从轻处断。而对于罪与非罪之疑则应采取从无处断。为了便于区别这两种情况，笔者将前者称为“罪疑从轻”，将后者称为“疑罪从无”。因此，所谓罪疑从轻是指行为构成犯罪，事实清楚，证据确凿，但对于此罪还是彼罪，罪轻还是罪重，证据不够确实充分时，要从轻处断。所谓疑罪从无是指司法工作人员在没有确实证据证明行为人构成犯罪时，应认定其无罪。不管是罪疑从轻还是疑罪从无都是存疑有利于被告原则的体现。①

分析造成疑罪的原因，基本上源自两个方面的因素：

1. 主观方面的原因造成的疑罪

（1）由于不同的法律界人士对于法律的理解上存在差异，甚至是争议而造成的疑罪。比如，黑哨龚建平案件，检察机关公诉认为龚建平犯有《刑法》第 163 条的商业受贿罪，而审判机关最后的判决认定龚建平触犯《刑法》第 385 条的（国家工作人员）受贿罪。尽管审判机关一、二审都对龚建平作了受贿罪的判决，但是法学界和司法界仍然有不同看法和认识，并且也是具有一定道理的。对于这类所谓的疑罪应当从轻，而不是从重或从无。以实现打击犯罪与保障人权的统一。

（2）由于不同的法律人士对于某一具体案件的相同证据的证明力，证据的合法性，证据的证明范围等有不同看法和认识，也会造成疑罪。对于同样的证据，有的认为已经证据确凿，可以认定，而有的则认为证据还不够充分，不能定罪处罚。关于这类案件，不少二审判决认为一审事实不清，故发回重审。而一审却认为事实清楚，证据确凿，这样例子很多，不作列举。

2. 客观方面的原因造成的疑罪。由于客观方面的原因，一些案件的证据在获取上存有很大难度，难以达到“证据确凿”的要求而造成了疑罪。对于此类案

① 存疑有利于被告原则需要解决的是证据与证明问题，从法律层面上看，《刑事诉讼法》第 140 条第 4 款所规定的存疑不起诉制度，第 162 条第 3 项所规定的罪疑从无制度，以及上述所讲的疑罪从轻制度，都是存疑有利于被告原则在刑事诉讼中的运用与体现。

件，笔者认为，必须在坚持刑法罪刑法定原则的基础之上，落实“罪疑从轻”制度，做到存疑时有利于被告。比如，有这样一个案件，某工厂从事仓库保管工作的职工因为对厂里扣发他的奖金而心存不满，多次扬言要放火。后经过说服教育，此人已经表示接受工厂的处理决定，并且作了深刻检讨，表示改正错误。一段时间后，这个职工工作的仓库发生了火灾。该职工承认是自己没有遵守纪律在仓库吸烟——但是他认为已经将烟头用脚踏灭。但是侦察情况表明正是这个烟头引发的火灾。在这种情况下，行为人主观上是故意放火还是过失导致火灾，除非行为人自己承认是故意所为，否则司法机关难以确认他是故意还是过失。对于此类案件的处理，妥当的方法是作过失犯罪认定，这样更接近于社会正义。例 2，2000 年 5 月份，被告人张某从外地购买毒品摇头丸 400 余粒，在迪厅等处卖掉大部分摇头丸。公诉机关以张某涉嫌贩卖毒品罪起诉至中级法院。某律师接受委托后，意识到该案被告人有可能被判处极刑，即无期徒刑或死刑。一是因贩毒为重点打击对象，二是因数量巨大。但经反复查阅案卷，多次会见和法庭调查，终于发现本案的突破口，认为：（1）摇头丸的成份不清；（2）重量不清。理由是因为都已经被卖出去了，所以未能查获摇头丸，导致难以确切地界定其成份和重量。而对贩毒罪量刑的主要标准是毒品的成份、重量。故根据罪疑从轻的立法精神，应从轻处罚。最终法院采纳了辩护人的意见，对被告人判处有期徒刑 3 年。

上述的疑罪从轻原则是存疑有利于被告原则的细化和表现，它有其存在的合理性和必要性的，对于依法打击犯罪、保护人民、维护社会公平公正正义，具有极其重要的意义。

在本案中，徐建平故意伤害致死罪的成立从主客观两方面来分析都没有异议，倒是是否构成故意杀人罪至少在主观上难以认定，在客观上也因为一些细节被模糊处理而显得牵强。虽然对徐建平无论是定故意伤害罪还是故意杀人罪都有可能判处死刑，但是，司法是严肃的，刑法作为善良人的大宪章与犯罪人的大宪章，理应发挥其保护、打击的双重作用。刑罚权的指向并不仅仅只是对各种破坏社会关系行为的惩罚，而更是对刑罚权实施范围与强度的限定，从而体现其正义性。而真正体现刑事正义的是对刑事个案的处理，存疑有利于被告原则的确立，并不是对犯罪行为的姑息与放纵，而是要通过对个体权利的维护来保证对公民普遍权利的维护，它可能会牺牲小正义，但同时维护了大正义。因此，从存疑有利于被告的精神角度来说，对徐建平判处故意伤害罪也更为合适。

七、量刑情节竞合时的处理

根据上文的分析，在徐建平分尸之前，现有的证据很难认定徐建平是故意杀

人还是故意伤害致人死亡，法院最后却认定徐建平故意杀人罪并判处死刑立即执行，其中一个重要原因在于徐建平的分尸行为，笔者认为这是犯了客观归罪的错误。一审后，近两百人上书浙江省高院请求“开恩”，其重要原因之一在于徐建平已对社会作出并还能为社会作出重大贡献。分尸与重大贡献这两个情节在本案中的意义如何以及与其同时存在的其他酌定量刑情节如何起作用将是下文探讨的内容。

（一）对量刑情节的理解

1. 量刑情节的含义、特征及分类

量刑情节，是指人民法院在对犯罪分子量刑时据以处罚轻重或者免除处罚的客观事实情况。它具有四个基本特征：①量刑情节是定罪情节以外的表明行为社会危害性和行为人人身危险性及其程度的客观事实情况；②量刑情节不仅包括部分罪中情节还包括罪前情节和罪后情节；③量刑情节只能以所定之罪的法定刑为自己发挥作用的范围或基础；④量刑情节是犯罪分子落实刑事责任和实现刑罚个别化的根据。[①]

量刑情节可以依据不同标准分为从宽情节与从严情节，总则性情节与分则性情节，单功能情节与多功能情节，犯前情节、犯中情节与犯后情节等。常见地，根据刑法是否就刑罚裁量情节及其功能作出明确规定为标准，可分为法定情节与酌定情节。前者具体又可分为从重、加重、从轻、减轻和免除处罚的情节；酌定情节则是法律未就其具体内容及功能作出明确规定的情节。

2. 量刑情节与犯罪情节、定罪情节的区别

要理解量刑情节首先要区别犯罪情节，犯罪情节是犯罪分子进行犯罪的过程中所为的影响行为社会危害性及行为人危险状况，进而决定如何对犯罪分子定罪量刑的具体事实。犯罪情节与量刑情节存在着交叉关系，对二者的区别可以从范围与功能两方面予以考察：（1）从范围上看，犯罪情节包括部分定罪情节和部分量刑情节，这些定罪情节和量刑情节均发生于犯罪行为实施过程中，而量刑情节除了发生于犯罪行为实施过程中的量刑情节外，还包括罪前与罪后量刑情节。（2）从功能上看，犯罪情节既作用于定罪，也作用于量刑与行刑，作用于量刑的是犯罪情节包括的量刑情节，而作用于行刑的是犯罪情节所包括的定罪情节与量刑情节原有内容的整合。也就是说，原来影响定罪与量刑的情节在行刑阶段影响行刑，内容不变，功能转变了。但是在犯罪情节中，作为一项原则，作用于定罪的情节不能于同一意义上再重复评价为量刑情节，影响定罪的情节与影响量刑的

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2000年版，第267页。

情节二者的功能相对独立，不能相互转化，量刑情节作为一个整体，只能作用于量刑，但是法律有特殊规定的情况下，原有的量刑情节内容可以转化为行刑情节，如我国《刑法》第72条规定的影响缓刑适用的“悔罪表现”，就是量刑情节原有的内容，这里却作为行刑的情节使用。这里需要注意的是，《刑法》第78条关于减刑的规定和《刑法》第81条关于假释的规定都有“确有悔罪表现”规定，这里“确有悔罪表现”只是执行期间的表现，而不涉及量刑的内容。[①]

量刑又以定罪并确定相应的法定刑为前提和基础，量刑情节与定罪情节在刑事审判中的功能与作用不同，有人认为其主要区别在于：①功能不同。定罪情节虽然不能决定犯罪行为的性质，但却有区别罪与非罪，重罪与轻罪以及此罪与彼罪的功能。而量刑情节的功能则是在已被确定的法定刑基础上，决定从宽从严处罚或免除处罚；②存在范围不同。定罪情节只能是犯罪行为实施过程中的事实情况，即犯罪事实。而作为量刑情节除了犯罪行为实施过程中的事实情况外，还包括罪前表现及罪后态度；③在具体内容上两者虽然存在共同之处，例如，犯罪动机，在一些具体案件中可以是定罪情节，而在另一些案件中则可能是量刑情节。但是在同一案件中，作了定罪情节的犯罪情节则不能再作为量刑情节使用。[②]

又如有人认为，定罪情节与量刑情节具有本质的区别：①前者只限于罪中情节，外延比较窄；后者包括部分罪中情节和全部罪前、罪后情节，外延比较宽广。②前者是犯罪构成要件涵纳的实际内容，揭示具体犯罪类型的性质，表明个案之间的特点和差异。③前者是定罪的根据，决定本罪追究刑事责任的同一标准和范围，同法定刑有必然的联系。[③]

笔者认为，两者的区别在于：①对同一性质的犯罪而言，量刑情节反映的是它的量，而定罪情节是整个罪质随着量刑情节的积累而实现质变或阶段性质变的原因。也就是说，量刑情节是在一个法定刑的基础上决定着犯罪刑罚量的多少，而定罪情节决定着行为人的行为构成犯罪，轻罪与重罪、此罪与彼罪。②作了定罪情节的事实情况不能在同一层次或同一意义上再作为量刑情节来使用。③定罪情节是犯罪构成要件涵括的实际内容，揭示具体犯罪类型的性质，表明该种犯罪的共性，量刑情节揭示同一犯罪类型中具体犯罪的个性，表明个案之间的特点与差异。④定罪情节是定罪的根据，决定本罪追究刑事责任的统一标准和范围，同法定刑有必然联系，量刑情节以某种法定刑为适用的前提或基础，是刑罚个别化

① 蒋明：《量刑情节研究》，中国方正出版社2004年版，第85页。

② 参见王晨：《定罪情节探析》，载《中国法学》1992年第1期。

③ 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第274—275、276、329、311、273页。

的根据，同宣告刑有必然的联系。总之，定罪情节决定法定刑，只有某种法定刑的产生，才有量刑情节赖以发挥作用的范围或基础。[①]

本案中，徐建平的分尸行为发生在丁遐死亡之后，对于故意杀人罪来说，行为人的行为导致被害人死亡时即已满足犯罪构成四要件，而之后的分尸行为是影响该罪名量刑轻重的因素而非影响该罪名成立与否的因素，即，即使不发生分尸行为，只要行为人的行为致使被害人死亡的，便已构成故意杀人罪。因此，分尸是一个量刑情节而非定罪情节。[②] 另外，徐建平的“重大贡献”包括了犯罪前的重大贡献与羁押期间的贡献——3 项实用新型专利。犯罪前的重大贡献属于酌定量刑情节，羁押期间的实用新型如果构成立功，属于可以型的法定量刑情节，如果不构成立功，可作为酌定从宽情节予以考虑。因此，分尸也好，重大贡献也好都是本案中的量刑情节。

（二）量刑情节的竞合及其处理

1. 量刑情节竞合时的处理原则

在一情节的情况下，量刑情节的适用相对简单，但在同时存在数情节并且是逆功能数情节的情况下，量刑情节的适用却相当棘手。因此，为了正确适用多个量刑情节，必须遵循一定的原则。笔者认为数情节适用的原则主要包括以下几种：

（1）全面适用原则。刑事案件具体情况复杂多样，量刑情节也各不相同。其中既可能有利于犯罪人的情节，也可能有不利于犯罪人的情节，在适用量刑情节时对此必须同时兼顾，不能随意取舍。从实际情况看，由于各种因素的影响，严刑重罚思想在我国司法领域仍有相当的市场，体现在量刑情节的适用上就是注重不利于犯罪人的情节，而忽视有利于犯罪人的情节。有人建议在我国刑法的再次修改完善时，可以在“量刑原则”部分明确规定“量刑应考虑一切对行为人有利与不利之情况”是有一定积极意义的。

（2）综合适用原则。所谓综合适用原则，是指对数情节的适用要综合分析、判断，既不能一视同仁予以适用，也不能片面强调或夸大某一量刑情节的作用，孤立地据此决定处刑轻重。但综合原则并不排除在特定时期、特定社会形势下，着重强调某一个或某几个情节在认定刑事责任中的特殊意义，而是要求对这些情

---

① 参见蒋明：《量刑情节研究》，中国方正出版社 2004 年版，第 107 页。

② 笔者在此之所以刻意强调这个问题，是由于根据第二大部分的分析，在徐建平分尸之前，现有的证据很难认定徐建平是故意杀人还是故意伤害致人死亡，法院最后判处徐建平故意杀人罪的主要原因在于徐建平作案后的分尸行为，这是客观归罪的误区。分尸不应作为定罪的原因，它只是量刑的一个情节。

节特殊意义的强调要定量分析的适度，同时不能因为强调这些情节，忽视其他情节在刑事责任的认定中应有的地位和作用。

（3）禁止重复评价原则。对这一原则的理解，我国刑法学界存有不同观点。有的观点认为，凡是已作为定罪情节使用的情节，不能再作为量刑情节适用，否则就有悖于禁止重复评价的原则。另一种观点则认为，凡是定罪情节又必然是量刑情节，没有只定罪不量刑的案件。笔者认为重复评价作为一项原则，其正确的含义应该是：对同一犯罪构成事实，禁止作同一性质，同一层次或同一意义的重复评价，具体而言，即对同一犯罪构成事实不得在定罪中重复使用，也不得在量刑时重复使用，或在定罪中使用过了，又在量刑时在同一层次或不同意义进行评价。对同一犯罪事实，一般不会造成在定罪中重复使用或者在量刑中重复使用，而最容易造成误解的是对同一犯罪事实在定罪中使用了，在量刑时再次使用。因而澄清禁止重复评价原则之本意就显得十分重要了。

当存在逆向竞合情节时应考虑具体案情的严重性情况。一般来说，整体案情较轻的，从宽情节的作用比较明显，整体案情较重的，从严情节则比较明显，也就是说，基本案情所体现的犯罪社会危害性或人身危险性的轻重能抑制从宽情节或从严情节的作用发挥。其次，在适用逆向情节的时间顺序上也应注意以下两个方面：第一，一般情况下，宜先考虑从严情节。因为在考虑了案件基本事实后，率先考虑从严情节，能够确定“此案至多判何种刑或何刑期”，以此为基础，考虑各种从轻情节，就比较容易恰当地作出宣告刑。① 第二，影响量刑的作用大的情节优先于作用小的情节。② 如减轻情节与从重情节竞合时，对其可先减轻处罚，然后在已减轻的幅度内从重量刑；加重情节与从轻情节竞合时，对其可先加重处罚，然后在加重的幅度内从轻量刑。如果先适用影响量刑小的情节，再适用影响量刑大的情节，实际适用效果则会使影响量刑小的情节几乎没有什么意义。③

2. “重大贡献”在本案中的意义

徐建平在羁押期间完成了3项实用新型技术，被国家知识产权局专利局受理，这3项技术发明都与纺织行业有关，徐建平本人拥有多项国家专利，还曾被评为2001年度全国生产力促进中心先进个人。④ 为徐建平上书的两百人，包括徐建平的辩护律师都认为，徐建平对社会有重大贡献因而从轻发落，不是法外开

① 参见胡云腾：《试论多情节案件的量刑问题》，载《政法论坛》1991年第6期，第27页。

② 参见邱兴隆、许章润：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第291页。

③ 参见陈兴良主编：《刑事司法研究——情节、判例、解释、裁量》，中国方正出版社2000年版，第159页。

④ 参见：《“科技精英”杀妻案终审裁定，徐建平被执行死刑》，载《中国青年报》2003年12月26日。

恩，而是“法内开恩”，为此，他们举出发生在新疆的一个案例：1999 年 5 月 5 日，新疆维吾尔自治区高级人民法院对一名已核准死刑的罪犯进行改判，判处死刑，缓期二年执行。改判的一条重要理由，就是该罪犯在羁押期有 3 项实用新型设计被国家专利局授权专利。①

我国《刑法》第 68 条第 1 款规定，犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。而 1998 年 4 月 6 日《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 5 条规定：“犯罪分子到案后……具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为有立功表现。”，第 7 条规定：“……对国家和社会有其他重大贡献等表现的，应当认定为有重大立功表现。”眼下的问题便是徐建平的行为是否构成“重大贡献”，从而是否构成立功。

（1）对于徐建平所有的“重大贡献”应该作一区分。犯罪之前的“重大贡献”不能被列入立功的考虑范围，因为《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》中明确规定了重大贡献的时间是在“犯罪分子到案后”。因此，犯罪之后的“重大贡献”才会以法定量刑情节被考虑。法律之所以对“贡献”作犯罪前后的区分是考虑到如果好的社会地位，重大的社会贡献，可以直接成为减轻处罚的根据，那么，也就意味着，一个人因为对社会有贡献所以就取得了某种犯罪的“资本”或者说“权利”。这是一种危险的先兆。新疆高级人民法院对罪犯从轻改判不适用死刑，是由于罪犯在审判过程中作出了“重大贡献”，认定为立功符合法律规定。本案中，徐建平也完成了三项专利设计并正在申请专利，与前案不同之处唯在于一个已被授予专利，一个尚在申请专利。是否构成“重大贡献”只待一纸准文。生命的去留也可能在此进行了摇摆。当然法院认为徐建平立功不成立也不无道理，因为首先我国不是判例国家，其次，就“重大贡献”的认定亦是仁者见仁，智者见智，专家观点不一而足。再次，立功的构成需符合以下条件：①立功的主体必须是触犯刑事法律已归案的犯罪分子，包括在案的未决犯和已决犯。其他人员的立功不是刑法上立功所要研究的范围和内容。②立功的行为是犯罪分子主动向司法机关提供了该机关尚未掌握的犯罪线索、犯罪证据、犯罪人的行踪等情况，以及对社会作出重大贡献的行为。③立功必须有实质性结果。即犯罪分子向司法机关提供的犯罪情况，必须导致案件的侦

① 参见：《法外施恩之谬》，载《浙江在线》2003 年 6 月 25 日。

破和犯罪人的归案。其他对社会有重大贡献的行为，也必须有实质性的成果。[①]

徐建平的发明专利缺少了实质性成果这一条件，因此不能构成立功。不能作为法定从宽情节予以处理。但是，不管如何，徐建平在羁押期间努力进行专利设计，至少说明徐建平积极悔改。被告人的悔罪态度是重要的酌定情节之一。再者，犯罪之前“重大贡献”不作为直接减轻处罚的法定依据，并不意味着那些贡献完全不予考虑。被告人的“一贯表现”也是法官量刑的一个酌定情节，徐建平曾经作出重大贡献，可以表明在平时他是把精力用在为国家发明创造上，而不是危害社会上的。如此，徐建平的“重大贡献”能以“一贯表现”与“悔罪态度”的方式最终影响量刑。[②]

3. 分尸在本案中的意义

分尸或许是一审法院对徐建平定为故意杀人罪并作出死刑判决的原因。但是，刑法中分尸有两种情况，一种是有预谋的，把肢解他人身体作为犯罪的手段，比如把人掐晕后肢解，或者在犯罪前被告人就想杀人后实施肢解尸体的行为以泄私愤，因而表现出被告人对他人生命的极度残酷和冷漠。对于这种行为，必须进行严厉惩罚。如果没有特殊原因（如怀孕，或者未成年），应该判处死刑。

还有一种，肢解只是被害人死亡之后，犯罪嫌疑人出于恐惧，因急于毁灭罪证而采取的行动。对于这种肢解尸体的行为，就不一定要判处死刑。因为，一般来说犯罪分子作案之后，都会表现出某种异样的举动，如紧张、神经质、逃匿等。徐建平应当属于后一种情况。

前文已述，分尸在本案中不能作为定罪情节而是量刑情节，因为分尸之前的行为已经决定了徐建平的罪名性质（不管是故意伤害还是故意杀人），之后的分尸灭迹，畏罪潜逃可以作为酌定从严情节予以考虑。

这样，在从宽情节与从严情节并存的情况下，量刑情节发生了竞合，并且在本案中是酌定量刑情节的竞合。

酌定量刑情节作为一种影响犯罪社会危害性和犯罪人人身危险性的客观存在，是在量刑时必须予以认定和考虑的，任何以自由裁量为借口拒绝考虑酌定情节[③]都是极端错误的。而且在一个案件中，可能不存在法定情节，却不可能不存

---

① 参见陈荣：《立功问题研究及其立法建议》，载《法律适用》2004 年第 12 期。

② 参见：《对杀妻科学家为什么不能法外施恩》，载《浙江在线》2003 年 6 月 23 日。

③ 酌定量刑情节的表现形式一般有犯罪的动机、犯罪的手段、犯罪当时的环境和条件、犯罪造成的损害结果、犯罪人的一贯表现、犯罪侵害的对象、犯罪后的态度、犯罪与被害人的关系、犯罪时所受的刺激、民愤等，参见陈兴良主编：《刑事司法研究——情节、判例、解释、裁量》，中国方正出版社 2000 年版，第 146 页。

在任何酌定情节，此案正是这种情况。在本案中对于徐建平可以从宽考虑的情节有：徐建平平时一贯良好的表现、积极的悔罪态度、被害人对于矛盾的激化有直接原因、徐建平的女儿尚未成年还需要父亲的呵护、徐建平在羁押期间几件立功的技术发明，等等，而其从严情节只有分尸与逃匿行为。并且，纵观全案徐建平并非属于“罪大恶极”之人。因此，不管从从宽情节与从严情节的数量上比较，或是先适用从严情节再适用从宽情节的处理方法，根据全面适用原则，综合适用原则，禁止重复评价原则及存疑时有利于被告人的原则，行为人并非到了罪刑极其严重非杀不可的程度，对徐建平留下一条生路更为合适。

（三）本案应适用死刑立即执行还是死缓

徐建平的辩护律师认为徐在杀人时不具有主观故意，一审量刑偏高；丁遐的律师认为二审维持原判才公正合理。其实在“上书”一事发生之前，在这个案子上双方就免死与偿命的争执就未停息过，到二审时，这一争论更为激烈。

徐建平的二审辩护律师认为，杀人分尸，徐建平的确罪孽深重，应该判死刑，但不是判死刑立即执行，而是判死刑缓期执行。①徐建平的行为是没有预谋的，一审法院也认可了这一点，夫妻俩除了一些小矛盾，关系一直较好。②徐建平由于一时冲动失手杀人，不具有杀人的主观故意，这从徐交代说在酒醒后才知道妻子死了这一点可以看出，所以判他故意杀人罪是不对的，应是故意伤害致死，量刑应当相对轻一些。③徐建平分尸和潜逃行为不足构成情节特别严重。并非所有的分尸行为都是“罪无可赦”的。如果分尸是出于泄愤、侮辱死者、散布恐慌等恶劣动机，那属情节严重。但徐建平的分尸原因只是为了藏匿尸体的需要，是为了运输，主观恶性相对而言轻一些。其律师还认为，一命偿一命不是刑法的终极目的，刑法的终极目的是预防犯罪而徐的主观恶性并没有到用极刑的程度。

被害人丁家的律师认为，二审辩护律师的这些说法都是站不住脚的。因为律师对于徐建平减轻处罚的辩护都是建立在徐建平自己的交待上。一般而言，每个人都会只提供对自己有利的口供，所以在法律上这样的口供证明力是极低的。当时的现场和心理过程靠徐建平的供述已经难以复原，这一切只不过是律师为辩护需要作出的主观推测，是不足采信的。相反，从物证出发，则可以证明徐建平是故意杀人。至于分尸，不管是在人伦道德还是法律上都是无法宽赦的。

经过前文的分析，笔者比较赞同辩护律师的意见。现场的一切的确难以复原，但是现有的证据只能证明被害人因被告人徐建平的行为致死，却不能证明是被杀还是被伤害致死，在证据不足的情况下，我们应更多考虑被告人的供述。这是存疑有利于被告人原则的要求。另外，这起犯罪毕竟是发生在家庭内部，是家

庭矛盾激化的结果。和发生在社会上的犯罪案件有很大不同。笔者认为，对于发生在家庭成员之间，因为情感纠纷、家庭纠纷引发的犯罪，对被告人原则上不宜判处死刑。如果被告人的犯罪行为确实表现出对人的生命的极度冷漠、仇恨，且犯罪手段恶劣的，可以判处死刑。

现代刑罚的根本目的不在于惩罚犯罪，而在于预防犯罪。换言之，对被告人判处刑罚，是对其已然的犯罪行为的惩罚，更是针对其本人和其他人不再犯该罪行的预防。所以无论是从罪刑相适应的原则还是从预防犯罪的角度，杀人就一定要偿命的朴素的报应观念是不完全正确的。我们国家是仍然保留死刑的国家。我们知道，死刑的内容是剥夺罪犯的生命，由于生命具有最宝贵的、剥夺后不能恢复的价值，死刑从而成为刑罚体系中最为严厉的刑罚方法。我国刑法贯彻了保留死刑、坚持少杀、防止错杀的刑事政策。从我国刑法对死刑的限制性规定就可以看出，死刑总是与极其严重犯罪的最严重情节相联系，故哪怕是极其严重的犯罪也不意味着一定要判处死刑，即使是极其严重犯罪的最严重情节，也并非必须绝对判处死刑，而是可以选择适用。适用死刑时，必须综合评价所有情节，判断被告人的罪行是否极其严重。只有罪大恶极的才判处死刑立即执行，对罪大但够不上恶极的，判处死刑后可以缓期执行。根据刑事审判的经验，犯罪后有自首、立功或其他法定任意从轻情节的；被害人的过错导致被告人激愤犯罪或有其他表明被告人容易改造的情节等可以认为“不是必须立即执行的”。所以我们认为，如果能排除过失致人死亡，单从被告人的行为（杀人、分尸）来看是罪大，但是从其主观恶性看，未必是恶极，其妻子作为被害人对引起争斗是具有一定过错的。而且该被告人在羁押期间有多项发明，至少可以被认定为悔罪态度好。因此从已查明的案件事实来看，笔者认为可以对被告人判处死刑缓期执行。

八、结语

2003 年 12 月 16 日，绍兴市中级人民法院对徐建平注射执行死刑，沸沸扬扬的科学家杀妻案终于告一段落，然而，此案件之内与之外反映的问题却依旧具有探讨价值。为此，作者坚持理论联系实际的方法，针对判决书中的法律适用，提出了需要探讨的三个问题：刑罚面前人人平等原则的理解及其适用、疑罪的处理和量刑情节竞合时的处理。

1. 在刑法面前人人平等原则的问题上

笔者从该原则的含义、身份犯及“能人犯罪”的刑法考量三个层面进行了阐述。刑法面前人人平等包括了平等地保护、平等地定罪、平等地量刑与平等地行刑四个方面。对于犯罪人而言，不论其民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗

教信仰、教育程度、财产状况等有何不同，也不分是干部还是群众，干部地位有多高，资格有多老，功劳有多大，只要行为人实施了危害社会的行为，都要依照法律的规定予以定罪量刑，绝不能因人而异改变刑罚。但刑法面前人人平等原则并不否定视犯罪人或被害人特定的个人情况而依法律规定在定罪量刑上有所区别。例如，依照法律规定，对累犯、主犯等从严处罚；对未成年犯、中止犯、从犯、自首犯、立功的犯罪人等从宽处罚。本案中，徐建平“科学家”以及与被害人丁遐间的亲属关系并不能作为刑法上的特定身份对待，但是他的这种身份在结合立法精神与个案之后表明了徐建平的人身危险性不大，即犯罪人、被害人的身份等个人情况对犯罪的性质和危害程度产生了影响，因而在定罪量刑上可以考虑从宽。在对徐建平这样的“能人犯罪”案件要慎重对待，做到既不违背法治原则又能保护经济建设。

2. 在疑罪的处理问题上

疑罪，有两种基本情况，一是此罪与彼罪之疑，罪轻与罪重之疑，即有确凿证据证明犯罪，但对于此罪还是彼罪，罪轻还是罪重缺乏清晰的证据的案件；二是罪与非罪之疑，即指那些虽经过反复侦查、调查，所得证据仍不足确认有罪而又无法排除重大嫌疑的案件。简单地说疑罪从轻或疑罪从无都是不正确的。对于此罪与彼罪之疑，笔者认为，应当从轻处断。而对于罪与非罪之疑则应采取从无处断。不管是罪疑从轻还是疑罪从无都是存疑有利于被告人原则的体现与要求。本案发生于家庭内部，案发现场只有被告人与被害人两人，被害人之死系由被告人行为所致并无异议，但是由于在一些客观证据上审查不清，导致被害人之死既可能是故意伤害而致，又可能是故意杀人而致，笔者根据起诉书、辩护词与判决书的内容，对一些细节进行分析并本着疑罪有利于被告人的原则，倾向于认定被害人系由被告人故意伤害致死。并提出司法是严肃的，新时代司法的使命的重要内容是充分保障人权，司法细节对于司法使命的实现极为重要。

3. 在数个量刑情节竞合问题上

笔者首先区分了犯罪情节、定罪情节与量刑情节，得出徐建平的分尸行为系量刑情节而非定罪情节。继而分析了徐之分尸行为与重大贡献在本案中的意义，它们属于逆方向的酌定量刑情节。当逆方向的量刑情节竞合时，应首先综合考虑从严处罚的所有情节，并据此确定一个拟判的刑罚，然后在此基础上，再综合考虑各种从宽处罚的情节，将拟判的刑法适当下降，以此作为对犯罪人判处的刑罚。这样既体现了从严处罚又体现了从宽处罚。对适用刑罚的诸种情节可以避免顾此失彼，同时也有利于保护犯罪人。另外，笔者通过分析认为本案中徐建平罪大但并不恶极，对其适用死缓更为合适，也更符合刑罚人道主义精神。

正如贝卡里亚指出的："刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪刑。……刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新侵害公民，并归诫其他人不要重蹈覆辙。"[①] 惩罚与报应不是刑法的目的，因为它们本身不是制定和适用刑法所追求的一种结果状态，而是说明适用刑罚的原因的一种理论。刑法学家们之所以强调刑罚的报应理念，是要人们充分认识到犯罪与刑罚之间的因果关系，告诫人们：作恶的人最终会给自己带来恶果，从而在社会心理上产生"恶有恶报"的畏惧刑罚进而远离犯罪的效果，以增强刑罚的普遍威慑功能。如果把刑罚的目的视为惩罚与报应，那么，只要对犯罪人判了刑，应该说刑罚的目的即已达到了，但是人们对刑罚的期望值并不是仅仅满足于对犯罪人的刑事追究，而是关注这种刑事追究的效果。这种效果如何才是衡量刑法目的是否实现的标准，而这种效果显然不是惩罚与报应本身。

（撰稿人　胡海青[**]）

① 参见［意］贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 42 页。

** 浙江商会，法学硕士。

附录一：

浙江省绍兴市中级人民法院刑事附带民事判决书

（2003）绍中刑初字第15号

公诉机关：浙江省绍兴市人民检察院

附带民事诉讼原告人丁金荣，男，1938年2月28日出生于浙江省绍兴县，汉族，绍兴县华清公司退休工人，住绍兴县钱清镇西后街居委会3组。系被害人丁遐之父。

附带民事诉讼原告人朱根兰，女，1942年3月18日出生于浙江省绍兴县，汉族，个体户营业员，住绍兴县钱清镇西后街居委会3组。系被害人丁遐之母。

共同委托代理人丁明灿，男，41岁，汉族，浙江省绍兴县人，系绍兴县轻纺科技中心有限公司副总经理，住绍兴市越城区唐皇苑南区5幢203室。

被告人徐建平，男，1958年8月3日出生于浙江省绍兴市，汉族，大学文化，原系绍兴县轻纺科技中心有限公司总经理，住绍兴市越城区北海花园26幢303室。因涉嫌犯故意杀人罪于2002年11月17日被刑事拘留，同年11月22日被逮捕。现羁押在绍兴县看守所。

辩护人兼委托代理人马恒忠、陈百旺，浙江华信大律师事务所律师。

浙江省绍兴市人民检察院以绍市检刑诉字（2003）第6号起诉书，指控被告人徐建平犯故意杀人罪，于2003年1月15日向本院提起公诉。在诉讼过程中，附带民事诉讼原告人丁金荣、朱根兰以要求被告人徐建平赔偿经济损失为由，向本院提起附带民事诉讼。本院于次日立案，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。期间，于2003年2月19日至3月31日依法对被告人徐建平作了司法精神疾病鉴定。浙江省绍兴市人民检察院指派检察员沈玲玲出庭支持公诉，被告人徐建平、辩护人及其委托代理人马恒忠、陈百旺，附带民事诉讼原告人的委托代理人丁明灿到庭参加诉讼。现已审理终结。

浙江省绍兴市人民检察院指控被告人徐建平于2002年5月26日晚9时许，与其妻丁遐在绍兴县柯桥街道的绍兴县轻纺科技中心有限公司其卧室内，因工作琐事发生争吵，丁遐打了徐建平两耳光，徐建平顿生杀人之恶念，即拿起塑料茶

杯朝丁遐的头部猛击数下，又使劲猛掐丁的颈部直至其窒息死亡。后徐建平将丁遐尸体肢解成四块，抛入该公司地下室消防蓄水池内，并将有关物证于次日携带至江苏省南京市丢弃，于同月 29 日潜逃外地，直至被公安机关抓获归案。为证明上述指控，检察机关提供了相应证据。公诉机关认为，被告人徐建平之行为已构成故意杀人罪。对其应依照《中华人民共和国刑法》第 232 条之规定处罚。附带民事诉讼原告人丁金荣、朱根兰请求本院判令被告人徐建平赔偿被害人丁遐的丧葬费 87 195 元、丁金荣、朱根兰的赡养费 6.4 万元、精神损失费 100 万元、其他损失费 1 350 万元，合计人民币 14 651 195 元。并当庭提供了丁金荣、朱根兰的身份证明等。

被告人徐建平辩解其是一时失手将丁遐打死，并非故意要杀死丁遐，请求对其从轻处罚。其辩护人认为：（1）被告人徐建平主观上没有杀人的故意，丁遐是在徐建平将丁遐的脸揿在棉被上打时而闷死的，故徐建平之行为属故意伤害致人死亡，不构成故意杀人罪。（2）被告人徐建平家族有精神病史，徐建平平时有精神异常情况，故不排除徐建平作案时患有精神病之疑。对附带民事诉讼原告人提出的赔偿请求，徐建平及其代理人认为，精神损失费及其他损失费没有事实和法律依据；愿意赔偿合理的丧葬费及适当补偿丁金荣、朱根兰的赡养费。

经审理查明，被告人徐建平与被害人丁遐系夫妻，在绍兴县轻纺科技中心有限公司分别担任总经理和董事长，二人因工作等方面的事情，时有争吵。2002 年 5 月 26 日晚，丁遐与被告人徐建平等人一起吃晚饭后，先回其公司卧室，被告人徐建平等仍继续在喝酒，至晚上 9 时许，徐建平亦回卧室，因工作及家庭琐事，徐、丁夫妇再次发生争吵，徐建平顿生火气，借着酒劲，一手用茶杯击打丁遐头部，一手使劲猛掐丁的颈部直至丁窒息死亡。为掩盖其杀人行为，徐建平用钢锯将丁遐的尸体分头部、躯干和双下肢肢解成四块，装入一航空旅行箱内，并抛入该公司地下室消防蓄水池后。随后，徐建平又返回卧室擦拭地面血迹，并将钢锯、肢解尸体时所垫的棉被、丁遐的公文包、手机等一起装入航空旅行箱内，于次日携带至江苏省南京市予以丢弃。并于同月 29 日潜逃外地，直至被公安机关抓获归案。

上述事实，有检察机关提供和本院收集，并经法庭质证、认证的下列证据予以证实：证人吴文富证言，证实 2002 年 5 月 29 日中午，其和丁明灿在绍兴县轻纺科技中心有限公司地下室水泵房内发现丁遐的尸体，并证实丁遐和徐建平常为工作琐事发生争吵之事实；现场堪查笔录及照片，证实了杀人现场和抛尸现场的概貌及遗留痕迹、尸体状况，并从抛尸现场该公司的地下室消防蓄水池进水管上提取到血手掌纹一枚之事实；手掌纹鉴定书及照片，证实了从现场提取的一枚血

手掌纹系徐建平左手掌所留之事实；绍兴县公安局尸体检验报告，证实丁遐头部多处头皮血肿及一处小的挫裂伤；颈部横条状皮下出血，伴有明显表皮剥脱，并且颈肌、咽后壁等出血明显。结论为丁遐系遭扼颈后致窒息死亡之事实；物证，从丁遐室提取到的茶杯一只，经被告人徐建平当庭辨认，确系其殴打丁遐头部之工具无误；证人潘阿娟、王阿糯证言，证实了 2002 年 5 月 27 日早上，她们在绍兴县轻纺科技中心公司的楼梯处搞卫生时，发现有血迹的事实；证人田国荣证言，证实了 2002 年 5 月 27 日其和徐建平一起去南京出差，徐建平有一只黑色皮箱带去的事实；证人孟双龙证言，证实了 2002 年 5 月 29 日早上 5 时 50 分许，其送徐建平到绍兴市区之事实证人谢伟鸿证言及抓获经过说明，证实了徐建平外逃期间，化名李海笙。2002 年 11 月 15 日在广东省揭阳市被公安机关抓获归案之事实；浙江省精神卫生研究院精神疾病司法鉴定书，证实被告人徐建平作案当时及目前无精神病，有完全责任能力；被告人徐建平对上述事实亦供述在案，所供与上述证据证明的情况相符。

综上，本案事实清楚，证据确实、充分，足以认定。尸体检验报告及照片，清楚表明被害人丁遐颈部有损伤，系遭扼颈后致窒息死亡之事实，被告人徐建平对此亦供述在案，辩护人马恒忠提出丁遐是在徐建平将丁遐的脸揿在棉被上打时而闷死的，系主观臆断，本院不予采纳。浙江省精神卫生研究院精神疾病司法鉴定书，证实被告人徐建平作案当时及目前无精神病，有完全责任能力。该鉴定书系依照法定程序由法定鉴定部门依法作出，具有证明效力，故被告人徐建平及其辩护人马恒忠认为据以得出该鉴定结论的依据材料不清，其鉴定结论不科学的异议及辩护人马恒忠认为不排除徐建平作案时患有精神病之疑的理由不能成立，本院不予采纳。

本院认为，被告人徐建平因与丁遐发生争吵而一时火起，将其掐死，其行为已构成故意杀人罪。绍兴市人民检察院指控的罪名正确，应予支持。被告人徐建平应当明知掐人颈部为造成窒息死亡之后果，仍积极而为之，其杀人故意显见，符合故意杀人罪构成要件，徐建平辩解其是一时失手将丁遐杀死，没有杀死丁遐的故意及辩护人马恒忠认为本案系故意伤害之死，不是故意杀人的辩解和辩护理由，与本案事实和法律的规定不符，本院均不予采信。本案虽因家庭矛盾而引发，被告人徐建平也是因一时火起而杀人，但其杀人后分尸灭迹，又畏罪潜逃，社会影响恶劣，情节特别严重，已不足以对其从轻处罚。徐建平请求对其从轻处罚的理由不足，本院不予照准。由于被告人徐建平的犯罪行为造成附带民事诉讼原告人丁金荣、朱根兰的经济损失，其合理部分应依法赔偿。但丁金荣、朱根兰请求本院判令徐建平赔偿精神损失费及其他损失费没有事实和法律依据，本院不

予支持。依照《中华人民共和国刑法》第 232 条、第 57 条第 1 款、第 36 条第 1 款及《中华人民共和国民法通则》第 119 条之规定，判决如下：

一、被告人徐建平犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；

二、被告人徐建平赔偿附带民事诉讼原告人丁金荣、朱根兰因被害人丁遐死亡的丧葬费、被扶养人生活补助费等经济损失共计人民币 30 000 元（限本判决生效后 1 个月内付清）。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或者直接向浙江省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：钱兔根

审判员：戴东海

代理审判员：陈伟明

2003 年 4 月 1 日

本件与原件核对无异

代理书记员：赵海琴

附录二：

浙江省高级人民法院刑事裁定书

（2003）浙刑一终字第137号

原公诉机关：浙江省绍兴市人民检察院

上诉人（原审被告人）徐建平，男1958年8月3日出生，汉族，浙江省绍兴市人，系浙江省绍兴县轻纺科技中心有限公司总经理，住绍兴市越城区北海花园26幢303室。因本案于2002年11月17日被刑事拘留，同月22日被逮捕。现押绍兴县看守所。

辩诉人邓继祥，浙江天册律师事务所律师。

辩护人马恒忠，浙江华信大律师事务所律师。

浙江省绍兴市中级人民法院审理绍兴市人民检察院指控被告人徐建平犯故意杀人罪，附事民事诉讼原告人丁金荣、朱根兰提起附带民事诉讼一案，于2003年4月1日作出（2003）附中刑初字第15号刑事附带民事判决。徐建平对刑事部分的判决不服，提出上诉。原审附带民事部分的判决已生效。本院依法组成合议庭，经阅卷，讯问被告人，听取辩护人意见，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

原判认定，被告人徐建平与担任浙江省绍兴县轻纺科技中心有限公司董事长的妻子丁遐常为工作等问题发生争吵。2002年5月26日晚9时许，徐建平在位于绍兴县柯桥街道的公司卧室内，为工作及家庭琐事又与丁遐发生争吵。争吵中，徐建平一手扼住了丁遐颈部，一手持茶杯猛击丁头部，致丁遐窒息死亡。随后，徐建平用钢锯从颈部、两大腿根部将丁遐的尸体肢解为头部、躯干及两下肢四块，抛至公司地下室消防蓄水池内。同月29日，徐建平潜逃至外地，同年11月在广东省揭阳市被抓获归案。

原审以故意杀人罪，判处被告人徐建平死刑，剥夺政治权利终身；判令徐建平赔偿附带民事诉讼原告人经济损失共计人民币3万元。徐建平上诉提出，原判认定其系扼丁颈部致丁窒息死亡事实不清，证据不足；并称其用左手按住丁遐后颈部，右手对丁实施殴打时，丁因口鼻被压在棉被中无法呼吸而意外闷死，其没

有杀人故意；原判采用的司法精神疾病鉴定系不符合事实和科学的错误鉴定；被害人对案件的引起有严重过错；其在纺织业有技术创新，产出专利和创造财富的能力，要求从轻处罚。其二审辩护人提出，公安机关尸体检验报告的结论不正确，徐建平没有杀人的动机和故意，徐的行为是故意伤害；徐建平犯罪情节一般，犯罪后果和社会危害不属最严重，还在羁押期间完成了三项专利设计，有立功表现，原判量刑畸重，要求从轻处罚。第二辩护人还要求对徐建平重作司法精神病鉴定。

经审理查明，原判认定被告人徐建平故意杀人的事实，有吴文富、潘阿娟、田国荣等人的证言，公安机关现场勘查笔录、尸体检验报告、手掌纹鉴定、提取的物证茶杯等证据证实。徐建平亦供认在案，所供与上列证据反映的情况相符。原判认定的事实清楚，证据确实、充分。关于上诉、辩护理由。经查，（1）尸体检验报告反映，被害人丁遐的右上颈部皮下出血，甲状软骨处皮下出血，伴有表皮剥脱等多处表皮损伤，并经解剖证实丁的颈肌、皮下等处有出血点。尸体反映的损伤情况符合扼颈窒息死亡的特征，法医据此得出被害人丁遐系遭他人扼颈致窒息死亡的结论并无不当。徐建平对扼颈致被害人死亡的事实亦有供述，所供尸检报告证实的情况相符。故徐建平上诉称其没有扼被害人颈部，被害人系被压在棉被中意外闷死显系狡辩；其与二审辩护人提出徐没有杀人故意，原判认定事实不清，证据不足及辩护人提出公安机关尸体检验报告结论不正确，徐系故意伤害等，亦均与事实不符，不予采信。（2）浙江省精神卫生研究院的司法精神病鉴定书所载被鉴定人概况、检查所见内容，与徐建平供述和其书写的“犯罪根源追寻”、“忏悔书”内容基本相同，徐建平称以下内容与其供述内容不一致，并称该鉴定系不符合事实和科学的错误鉴定显然不当，不予采信。徐建平作案时能够辨认和控制自己的行为，作案后潜至外地，逃避法律的追究，归案后能够清楚地回忆作案时的情况，且经司法精神病鉴定确认其作案时有完全责任能力。故其二审辩护人提出重作司法精神病鉴定的请求亦不予采纳。（3）徐建平称自己是在被害人先打其两个耳光后，才心生怒气而杀人。此节仅有徐的供述而无其他证据印证，即使被害人在与徐建平争吵时一怒之下打徐耳光，亦不属重大过错。故徐建平称被害人对于案件发生有重大过错的理由不能成立，不予采信。（4）徐建平为琐事杀害妻子，而后分尸灭迹，辩护人称徐犯罪情节、后果及社会危害不严重，与事实不符。（5）辩护人提出徐建平在羁押期间完成三项专利设计并正在申请专利，系立功表现，并无法律依据，亦不予采信。（6）徐建平在二审期间检举他人犯罪，经查不实，不构成立功。

本院认为，被告人徐建平因家庭纠纷而采用扼颈的方法杀死妻子，其行为已

构成故意杀人罪，情节恶劣，后果严重，依法应予严惩。徐建平及其二审辩护人要求从轻处罚的理由不足，不予采纳。原判定罪及适用法律正确，量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（1）项，《中华人民共和国刑法》第232条、第57条第1款之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。根据《最高人民法院关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》的规定，本裁定即为核准以故意杀人罪，判处被告人徐建平死刑，剥夺政治权利终身的裁定。

审判长：应向健
代理审判员：郑军
代理审判员：杨灵方
2003年12月15日

本件与原本核对无异

书记员：黄寒

邱兴华故意杀人、抢劫案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、精神障碍与刑事责任能力关系的相关问题
六、司法精神障碍鉴定制度的相关问题
七、结语
附录：陕西省安康市中级人民法院刑事判决书

一、选案理由

网络时代发生的恶性杀人大案——邱兴华故意杀人、抢劫案，从案发之日起，一直到到邱兴华被执行死刑，甚至在邱兴华被执行死刑后的一段时间内，都是媒体关注的焦点。传统媒体和新兴媒体对警方抓捕邱兴华的过程进行了将近一个月的跟踪报道。邱兴华被抓获后，社会公众、新闻媒介、专家学者又就邱兴华是否患有精神病等问题进行了连篇累牍的报道，形成了全国范围内的针对此案的热烈讨论。本案无疑属于社会的热点事件。在讨论中，几乎所有的争议都指向了本案被告人邱兴华的精神状况。对于邱兴华是否罹患精神病、是否应当对他进行司法精神病鉴定，争论双方各执一词、互不相让。其中，不乏权威的刑法学家、犯罪心理学家、精神医学学者、司法精神医学学者的正面冲突和对抗。全社会对邱兴华这样一名没有任何特殊背景的农民凶手给予如此深切的关注，这一现象本身就令人深思。由本案反映出来的相关刑事法律问题，则无论从学理研究层面还是司法实践层面都具有较大的挖掘余地，对于这样一个重大的疑难的具有理论可

挖掘性的热点案件，进行深入而全面的研究无疑具有重要的理论和实践意义，因而入选本书。

二、基本案情

邱兴华，男，出生于1959年1月1日，汉族，初中文化程度，陕西省石泉县人，农民。

2006年6月18日至7月2日被告人邱兴华与其妻何冉凤先后两次到汉阴县铁瓦殿道观抽签还愿。其间，因邱兴华擅自移动道观内两块石碑而与道观管理人员宋道成发生争执。加之邱兴华认为道观主持熊万成有调戏其妻的行为，由此心生愤怒，遂产生杀人灭庙之恶念。2006年7月14日（农历6月19日），被告人赶到铁瓦殿，见道观内主持熊万成及其他人员宋道成、王保堂、陈世秀、程仕斌和另外5名香客吴大地、熊辉寿、韩扬富、罗朝新、罗土生（12岁）等人都在火炉房烤火，便从道观柴堆处拿了一把砍柴用的弯刀放在道观内自己以前睡觉的地方。当日深夜，被告人邱兴华趁道观内诸人熟睡之机，拿起弯刀到各寝室依次向管理人员熊万成、宋道成、王保堂、陈世秀、程仕斌和香客吴大地、熊辉寿、韩扬富、罗朝新、罗土生等头部各砍数刀，随后，被告人邱兴华又找来斧头，再次向每人头部砍击，致其10人全部死亡。尔后，被告人邱兴华又将熊万成的眼球、心肺、脚筋挖出，炒熟喂狗。次日天亮后，被告人邱兴华从熊万成的房内搜出一黑色帆布包，将里面的零钱清点，在一笔记本上写下："今借到各位精仙的现金柒百贰拾元贰角正，借款人：邱金发"的字条后将钱拿走。随后又将道观内一只白公鸡杀掉，用鸡血在一硬纸板上写到："古仙地 不淫乱 违者杀 公元06"和背面"圣不许 将 * 夫淫婆以〇六年六二十晚"的字样，放在正殿门口，然后将易燃物牛毛毡和柴抱到陈世秀的寝室，将作案工具弯刀、斧头等物放入火炉及柴堆上，放火燃烧后逃离现场。

被告人邱兴华杀人后于2006年7月20日晚从安康乘火车逃至湖北省随州市曾都区万福店农场一带，因其身上无钱，遂产生抢劫之恶念。7月30日晚11时许，被告人邱兴华窜至万福店武安（武汉至安康）铁路复线施工工地一临时工棚内，见棚内有人，便持一把铁铲劈向照看工地材料的周建平，周建平见状躲避，背部被铁铲划伤。被告人邱兴华在工棚内将一黑色旅行包抢走，因包内无钱，遂将包丢弃。

2006年7月31日上午，被告人邱兴华又窜至随州市曾都区万福店农场魏岗村二组村民魏义凯家，以帮魏义凯家补盆子和合伙做干鱼生意为名，骗取魏的信任，并在其家用餐。其间发现魏义凯家有钱。当日下午，被告人邱兴华再次来到

魏义凯家，吃完晚饭后趁其家人休息之机，用斧头和弯刀向魏之妻徐开秀、魏义凯、魏之女魏金梅的头部连砍数刀，将三人砍伤后，抢得现金 1 302 元及雨伞、手提灯等物，后逃离现场。8 月 1 日凌晨，被告人邱兴华乘 K357 次列车返回安康。2006 年 8 月 19 日被告人邱兴华潜逃回家时被公安机关抓获归案。魏义凯因抢救无效，于 2006 年 9 月 9 日死亡，徐开秀、魏金梅经鉴定系重伤。

三、裁判要旨

行为人杀人目的明确，且杀人后多次躲过公安机关的围捕，证明其是在有意识地逃避打击。在侦查、起诉阶段的多次讯问和一、二审法院审判中，其对杀人、抢劫的动机、原因、手段及现场情况均作了前后一致的供述，回答问题切题，思维清晰，无反常的精神表现。足以证实行为人故意杀人时具有完全的辨认和控制自己行为的能力，在这样的情况下，对要求对行为人进行司法精神鉴定的意见可以不予采纳。

四、引发的理论问题

结合本案的整个诉讼过程以及控辩双方争议的焦点所在，笔者认为如下两个方面值得展开进一步的法理研究：①精神障碍与刑事责任能力关系的相关问题；②司法精神障碍鉴定制度的相关问题。

（一）精神障碍与刑事责任能力关系的相关问题

我国《刑法》第 18 条第 1 款规定："精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任"，第 3 款规定："尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚"。围绕被告人邱兴华是否可能患有精神病，控辩双方展开了激烈的争辩。公诉人认为邱兴华报复作案的动机明确、为了作案进行了充分的谋划、自主选择作案的时间、犯罪后为了逃避法律的制裁而潜逃数千公里之外，在侦查、起诉阶段的多次讯问和一、二审法院审判中，其对杀人、抢劫的动机、原因、手段及现场情况均作了前后一致的供述，回答问题切题，思维清晰，无反常的精神表现，种种事实确定地表明被告人邱兴华是个心智健全的正常人，具备完全的刑事责任能力；辩护人则认为邱兴华的母亲及其近亲属中有数人患有精神病，所以邱兴华可能具有家族精神病史，邱兴华的亲属及邻居也证明他经常有一些异于常人的举动，况且邱兴华因为琐碎的日常纠纷和主观臆断的因由就以非常残忍的手段连续杀死 10 人，且其中的数人与邱兴华没有任何恩怨完全是无辜的，这更表明邱兴华的精神存在很大的问题，并据此向法庭提出为邱

兴华做司法精神病鉴定的请求；一审和二审法院都认定公诉方的事实主张，认为被告人邱兴华精神完全正常，不具备刑法规定的精神病人资格，具有完全刑事责任能力。笔者认为，关键的问题在于刑法关于精神病的规定是否周延，是否存在犯罪嫌疑人未患有精神病，但是精神也不完全正常，并对其刑事责任能力产生一定影响的“中间”状态？在侦查、起诉和审判阶段中的正常精神表现是否就意味着犯罪嫌疑人于实施犯罪的过程中精神亦正常呢？这是否能够佐证犯罪嫌疑人就具有完全的刑事责任能力呢？如果不能，那么刑事责任能力的本质又是什么呢？

（二）司法精神障碍鉴定制度的相关问题

我国《刑事诉讼法》第159条规定：“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。”据此，被告人邱兴华的二审辩护人以邱兴华可能患有精神病为由，向合议庭提出对邱兴华进行司法精神障碍鉴定的申请。我国《刑事诉讼法》第119条规定：“为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。”最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、卫生部于1989年7月11日联合发布的《精神疾病司法鉴定暂行规定》第7条规定：“对可能患有精神疾病的刑事案件的被告人应当进行鉴定。”在合议庭认为被告人不可能患有精神病的情况下，作出驳回司法精神障碍鉴定申请的决定也并没有违反法定程序，似乎是无可厚非的。但问题的关键在于，司法精神障碍鉴定结论对于刑事被告人来说是一项非常重要的证据，而根据我国相关法律规定，辩方不能自行委托相关机构进行司法精神障碍鉴定，司法精神障碍鉴定的启动权在于合议庭，那么，合议庭的法官根据什么确定被告人是完全刑事责任能力人呢？根据他们的法学素养，还是精神医学素养？由非精神医学专业人士启动司法精神障碍鉴定程序是否合理？即使合议庭同意对被告人进行司法精神障碍鉴定，根据我国目前的司法精神障碍鉴定现状，又如何保证鉴定结论的科学性和权威性呢？假如被告人邱兴华被鉴定为精神障碍人而免予刑事处罚，对于这样具有严重暴力倾向的危险分子，怎样妥善安置他，才能既体现人道的刑事政策又能避免其再次危害社会呢？

这些问题，一部分直接源成于本案诉讼过程，并直指本案诉讼结果的合理合法性，也是社会舆论与刑事法学界、精神司法学界争论的焦点所在；另一部分为涉及案例的学理自然延伸，因为问题往往不是孤立存在的，对本案所反映的问题的探讨及解决就不能思路狭隘，必须坚持普遍联系的观念，况且本文标题的中心词是“法理分析”，笔者对本案反映出来的问题进行刑事法律科学乃至法理学层面的阐释和升华实乃题中之义。因之，对本案进行深入的研讨，不仅对立法层

面、司法层面、公民的法律意识层面等法律实践问题具有积极的社会意义，而且对于刑事法律科学相关概念的明晰、制度的构建和理论的深入挖掘也具有一定的意义。

五、精神障碍与刑事责任能力关系的相关问题

目前，世界各国关于刑事责任能力内容的规定基本上是“认识能力”和“控制能力”两个方面，我国刑法也是如此。我国《刑法》第 16 条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”其中，不能抗拒即指行为人丧失了控制能力，不能预见即指行为人丧失了认识能力。第 18 条也规定了精神病人承担刑事责任的不同情形与其辨认和控制自己行为的能力是对应的。其中，辨认自己行为的能力即指认识能力，控制自己行为的能力当然是控制能力了，可见我国刑法是从正反两个方面规定刑事责任能力的内容的。认识和控制属于人的精神活动现象，其物质基础是人的大脑。精神现象是一种非常复杂的自然现象，人类精神现象的正常的物质基础是大脑的生理机能正常，如果大脑发生器质性或功能性病变，精神现象就会变得异常，从而使人类罹患精神障碍，以致影响行为人的认识能力和控制能力，即刑事责任能力。所以，要研究精神障碍与刑事责任能力的关系，必首先从精神现象入手，接着分析精神障碍，随后阐释刑事责任能力。

（一）精神现象阐释及其刑法机能述评

1. 精神现象的概念、结构。精神现象，又称心理现象，通常是指统一着不同层次心理因素的一个复杂的关系体系。①

对于精神现象的组成因素与结构表述，中外心理学界存在着一定的争议。目前，中国心理学界普遍认为：精神现象是由一般心理过程与个性心理相互作用而形成的统一体系，又称心理结构。②精神现象包括精神活动和个性心理两个方面的内容。其中：

（1）精神活动：又称为一般心理过程，指人所具有的心理活动的一般历程。这一过程又包括三个具体过程：①认识过程：指人对客观事物及其性质的理解、判断并形成观念的过程。②情感过程：指人对客观事物的态度的体验。③意志过程：指人自觉地确定目的并支配其行动以实现预定目的的心理过程。③

---

① 参见苏富忠、董操：《心理学的沉思》，济南出版社 2001 年版，第 124 页。

② 参见肖兴政、郝志伦主编：《犯罪心理学》，四川大学出版社 2004 年版，第 40 页。

③ 参见刘白驹：《精神障碍与犯罪》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 1 页。

（2）个性心理：又称人格或个性，指表现在个体身上的特殊心理，亦即一般心理过程在个体身上的特殊表现。[①] 其包括三个具体组成部分：①个性倾向性：指个性的取向性特征，人通过它对客观事物产生特殊的关注和积极性，焕发出内在的行为动力。②个性心理特征：指表现在个体身上的与遗传有关的、独特而稳定的特征。③自我意识：指人对自己以及对自己同客观世界的关系的认识、评价与调节。[②]

人格体现着人的心理个性，个体因先天素质与后天环境影响的不同而形成相互区别的独特的个性心理，并且作用于人的心理过程，使认识、情感、意志具有不同的内容。所以，就精神活动的形成而言，其都具体表述为认识、情感、意志的结合，即个体的精神活动都由认识、情感、意志构成，形式上体现了精神活动的一般性，也就是共性；但是，表现着个性的精神活动的内容是因人而异的，即个体的认识、情感、意志的内容带有不同的个性心理色彩，内容上体现了精神活动的个性。

2. 精神现象的刑法机能。机能的本意是生物体各种器官所起的作用和活动能力，在通常意义上与功能相仿。[③] 精神现象之刑法机能，指的是：精神现象于刑法的结构与运作中可能表现出来的有利的作用。

具体而言，精神现象具有两大刑法机能：定罪机能（又称成立犯罪机能）与量刑机能（又称衡量犯罪机能）。在此，基于研究主题的需要，笔者只关注精神现象的定罪机能。

精神现象的定罪机能指精神现象的诸因素于确定行为入罪的过程中所表现出来的有利的作用。具体来说，一个行为成立犯罪于精神现象层面需满足两个条件：首先，行为人必须具备认识和控制能力，即刑事责任能力；然后其必须具备故意或过失的心理态度，即主观罪过。刑事责任能力考查的是精神活动的两个因素：认识与意志，综观各国刑事立法，虽然表述多有不同，但是罪过基本上也是以认识与意志为内容的。一般认为，精神现象从刑事法律科学的角度可以分解为四个基本因素：认识、情感、意志与人格，那么为什么于定罪时只考察认识因素与意志因素呢？对于这个问题的回答，必须沿着历史的足迹向前追溯：

（1）上古与中世纪时期。这一时期，刑事司法中普遍流行着客观归责的思想。即犯罪嫌疑人只因其客观的危害行为及其造成的危害结果而成立犯罪，刑罚

① 参见肖兴政、郝志伦主编：《犯罪心理学》，四川大学出版社 2004 年版，第 41 页。
② 参见卢家楣等主编：《心理学——基础理论及其教育应用》，上海人民出版社 1998 年版，第 458 页。
③ 参见张小虎：《刑法的基本观念》，北京大学出版社 2004 年版，第 130 页。

的衡量基准也一并归于上述客观事态。作为科学形态的心理现象于刑事领域中并没有适合自己生存的土壤。反而，虚幻、神秘、不可捉摸的“神意”、“上帝的意志”却散播于刑事领域的每一处角落。

（2）18 世纪时期。这一时期，随着生产力的不断提高，自然科学、人文社会科学也得到了迅速的发展。心理学研究质的飞跃催生了心理学古典学派的形成。他们提倡“意志自由”，认为：人都具有自由意志，人都是在趋利避害的本性支配下自由选择自己的行为。心理学古典学派的研究成果为其他学科的发展提供了契机：哲学研究中逐渐形成了人的“共同理性”学说；理性演绎作为科学的研究方法受到推崇。以贝卡里亚、康德、黑格尔为代表的刑法学家借鉴相关学科的研究成果，以“意志自由”为理论基础，提出“道义责任”的刑事归责思想：人在自由意志状态下，为趋利避害而选择实施刑法所禁止的危害社会行为，基于人类于社会生活之中所形成的常识性共识，理所当然地应当承担道义伦理上的责任。就这样，意志自由的人实施危害行为时所持的心理态度，成为成立犯罪的条件之一，并陆续规定于各国刑法典之中。

此处的“心理态度”，即指人于危害行为实施时所持的故意、过失心态。之所以如此界定“心理态度”而没有介入人格因素，是因为当时的心理学整体研究水平不够发达，学者们只了解人的一般心理过程，并未涉及个体的人格领域。也正是基于此，才形成“人类具有共同理性”的认识。

但此时心理学界对于情感因素的研究已经非常深入。心理学家普遍认为，情感对认识过程和意志过程具有重要的作用，它能够在一定的程度上削弱人的认识能力和控制能力。“例如，在紧张的情绪中，人的认识能力会大大下降，控制能力也会大大削弱，甚至可能丧失认识和意志；在极大愤怒时，可能把应有的认识忘得一干二净；在极其恐惧的情况下，可能丧失意志选择的可能性。”[①] 既然情感因素于人的精神活动中起到如此重要的作用，为什么它没有介入到刑法的定罪机制之中呢?

真实的情况是，基于情感因素于精神活动中的重要性，确实有些国家把它作为罪过的一个否定性因素于刑法上加以规定。如《西班牙刑法》第 8 条第 10 项规定“由于无法克服之恐惧所造成的相当活更大伤害与意外事件、正当防卫同为免除刑事责任的事项。”《罗马尼亚刑法》第 171 条把“母亲由于分娩处于激动状态”，作为杀害刚出生婴儿的可宽恕的事由。但是，另一方面，由于一般心理过程中的“情感”具有典型的非理性特征，不便从客观上加以判断与衡量；同时，

① 韩铁：《情感因素影响姓社责任的理论探讨》，载《河北法学》2000 年第 1 期。

虽然“情感”实然存在，但“认识”与“意志”的结合已足够满足个体的心理态度成立犯罪的法律要求，很多国家的刑事立法把情感因素排除在罪过之外，并且也得到了绝大多数刑法学者的肯定与支持。

（3）19 世纪中后期。到了 19 世纪中后期，“意志自由论”于心理学界受到严厉批判，“行为决定论”取代前者成为心理学界的通说。其认为：人的行为是不自由的，是由个体的先天遗传素质和后天成长环境所形成的个性与行为时的外部环境所共同决定的。它也可以被表述为：人不具有意志自由，一般心理过程是被个体的个性支配性地决定的。在个性的支配下，人不能自由地选择自己的行为，只能服从于个性与行为时的外部环境。

心理学领域的革命性变革也为刑事法律科学的发展注入勃勃生气。深受近代心理学影响的龙勃罗梭、加洛法罗、菲利、李斯特等刑法学家，以“行为决定论”作为理论基础，提出“社会责任”的归责思想：人因为危险个性而实施危害社会的行为，社会出于防卫自身的考虑，有必要使具有社会危险个性（又称“人身危险性”）的人承担刑事责任；“对于社会来说，社会有责任以相应的刑事政策或社会政策改造教育犯罪人，履行对其实施拯救的责任，使之复归社会，排除对社会的侵害。”①

这样，具有社会危险特征的个性及其决定的行为时的心态（故意、过失），自然地成为犯罪成立条件之一。

（4）现代时期。这一时期，现代心理学研究对意志自由论与行为决定论均进行了批判，并将二者折衷成新的学说：人的意志是自由的，但是这种自由不是绝对的，而是相对的，要受到素质、环境及行为状况的限制。这种“一方面被决定，另一方面又主体性地作出决定的相对的意志自由论”，② 已成为现代心理学的通说。

受其影响，现代刑法学界与刑事立法对心理现象之刑法机能的观察与认识也出现折衷之势：故意与过失的心态仍然是犯罪成立的条件之一；行为人的社会危险个性，即人格原则上已被摒弃于犯罪构成之外，其介入定罪的折衷，只能应当是：“①倘若行为具有一定的客观危害，并且行为人具有相当的人身危险性，但是行为并未符合犯罪构成要件（或者客观危害并未达到法定的定量标准，或者行为主体有一定的精神障碍，或者因为主体的年龄等其他情由），对于这些人不处以刑罚，但是应当施以一定的保安处分。②倘若行为人实施了符合构成要件的犯

① 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上册），北京大学出版社 1984 年版，第 137 页。

② 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 196 页。

罪行为，但是其具有的人身危险性显著轻微，那么在这种情况下可以根据行为人显著轻微的人身危险性而对其作出非罪处理”。[①]

（二）精神障碍阐释及其与我国刑法中精神病的辩证统一

1. 精神医学中的精神障碍。精神现象属于高级神经活动，其物质基础是人的大脑。精神活动和人格正常的神经生化基础是大脑结构和功能的正常。[②] 在某些因素的影响下，人的大脑结构可能会发生病变，功能出现紊乱，从而使人的认识、控制能力降低，情感表达悖于正常观念，这就是精神活动异常；同样，人格也可能因为生理病变或不良的社会化过程而发生巨大扭曲产生异常。但精神现象同时也是一种非常复杂的自然现象，从而使其变态情状更是难以为人类的先民所把握。

从 18 世纪开始，随着自然科学的蓬勃发展，尤其是变态心理学从普通心理学分离出来成为一门独立的学科之后，变态心理学家开始专门研究异常的精神现象，加之对生物学、医学的研究不断深入和细化，一些表现明显易于被临床观察的精神异常现象逐渐被人们所了解，如精神分裂症、偏执性精神病、躁狂症、抑郁症等，人们将它们统称为精神病，并由此催生了一门新兴的学科——精神病学。

20 世纪 50 年代以来，随着人们认识的深入和精神病学的发展，一些不明显的精神异常现象也被揭示出来，如神经症、人格障碍、性变态等，它们症状相对较轻，临床表现不明显，为了将它们区别开来，精神病学家将精神分裂症、偏执性精神病、躁狂症、抑郁症等称为“重性精神病”，将神经症、人格障碍、性变态等称为“轻性精神病”。但精神病学家进一步研究发现，“重性”和“轻性”是相对的，某些严重的“轻性精神病”的症状和表现要比一般或轻微的“重性精神病”严重得多，而且其病因和临床表现等方面的区别也是巨大的，可见，二者的区别不仅仅是程度上的，更是本质上的。因此，精神病学家倾向于寻求一个二者的上位概念，它的外延应该能够囊括所有的精神现象异常情状。第一个进入精神病学家视野的是“精神异常”，但很快它就被否定了，因为“‘正常’和‘异常’这两个词具有如此多的不同的含义，以至接近于无用。对于心理学家和精神病学家，今天强烈的倾向使用更具体、而又属于这些方面的概念来代替这些十分一般的词”。[③] “精神疾病”一词也得到了部分精神病学家的主张，但是很快也被否定

① 张小虎：《刑法的基本观念》，北京大学出版社 2004 年版，第 83 页。

② 参见刘白驹：《精神障碍与犯罪》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 2 页。

③ ［美］马斯洛：《动机与人格》，许金声译，华夏出版社 1987 年版，第 315 页。

了。因为，从严格的医学角度讲，一些精神现象异常如某些人格障碍并没有确定的生理性病变，不符合疾病的定义。所以，“精神疾病”无法涵盖所有的精神现象异常情状，以其为定义不够周延。最后，精神病学家普遍认可了“精神障碍”一词，因为“精神障碍”普遍应用于精神医学和心理学领域，其一般含义能够涵盖目前所有的精神现象异常情状。研究对象内容的扩张与概念的变化，使得“精神病学”这一学科称谓也不再符合实际的情况了，很快被“精神医学”所代替。

对于精神障碍的概念，精神医学界基本达成了共识：“精神障碍，就是精神异常，包括精神活动异常和人格异常”。① 对精神障碍从不同的角度可以作不同的分类：

依据心理学的标准可以将精神障碍分为认识障碍、意志障碍、情感障碍和人格障碍，这种分类的意义在于它以精神现象的因素为分类基础，将心理学与精神医学对于精神障碍的研究协调起来，形成跨学科研究的整合优势；同时，这种分类对于刑法学者开展刑事责任能力的心理学标准研究提供了一个很好的参照平台；但是认识、意志、情感、人格因素于精神障碍中往往不是单独存在的，他们时常相互影响，使得精神障碍呈现出综合性的样态。对此，心理学分类无法作出合理的解释。所以，此种分类还是存在一定争议的，目前，精神医学通常把它作为精神疾病症状的分类。

另一种分类就是把精神障碍分成精神病性精神障碍和非精神病性精神障碍，正如前文所述，这是从“精神病学”向“精神医学”演变的过程中形成的传统分类。由于精神病这一概念从 18 世纪以来一直被沿用而且其含义基本固定，出于对传统的尊重和习惯的遵循，现代精神医学沿袭了这一概念，全称为“精神病性精神障碍”，简称就是“精神病”，除此之外的精神障碍被统称为“非精神病性精神障碍”。具体而言，精神病这一类概念包括脑器质性精神障碍和躯体疾病所致精神障碍、精神活性物质与其它物质所致精神障碍、精神分裂症、偏执性精神病、情感性精神障碍、心因性精神障碍以及精神发育迟滞等精神障碍样态。② 非精神病性精神障碍包括各类神经官能症，如神经衰弱、癔症、变态人格、性变态、心身疾患以及程度较轻的智能发育不全和还不够精神病程度的反应状态式情绪反应等精神障碍样态。③ 这一分类标准明确，无甚争议，对于刑法学者也起到了很好的借鉴作用，但它的标准过于笼统，内容阐释过于宽泛，无法满足精神医

① 刘白驹：《精神障碍与犯罪》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 1 页。

② 参见刘白驹：《精神障碍与犯罪》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 12 页。

③ 参见叶静：《论非精神病性精神障碍人的刑事责任能力》，载《福建公安高等专科学校学报——社会公共安全研究》第 16 卷第 1 期。

学家对精神障碍进行深入研究的需要，因此，精神医学家经过长期的临床观察和实践经验，以心理学对精神障碍的分类为基础，形成另一种分类。“这种分类采取的是描述性原则，对临床进行客观描述，因而比较客观、实用，也利于推广。并且经过长期的检验和不断的修订，已经标准化。”①

目前各国精神医学界普遍使用这种分类方法，我国精神医学界也制订了适合中国国情的精神障碍分类标准，目前使用的是中华医学会神经精神科学会 2001 年通过的《中国精神疾病分类与诊断标准》（Chinese Classification and Diagnostic of Mental Disorde 第三版（CCMD-3）。② CCMD-3 是一种应用性极强的精神障碍分类标准，不仅仅应用于精神医学，在司法精神医学和司法精神鉴定学等领域也得到了广泛的应用。

2. 我国刑法中的精神病与精神医学中的精神障碍的辩证统一。中华人民共和国建国之后制订的第一部刑法典是 1979 年刑法典，其中第 15 条对于“精神病”作了如下规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的，不负刑事责任；但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。”当时，虽然我国的精神医学研究状况比较落后，但是西方精神医学的先进成果已被引进国内，那么为什么刑法仍然要沿用“精神病”这一概念而不用“精神障碍”呢？笔者认为主要原因有如下三点：

（1）刑法是一部法典，不是一部学术著作，是要被司法机关使用和普通公民遵守的，那时中国刚从十年浩劫中走出，国民教育刚刚恢复，公民的文化素质较

① 刘白驹：《精神障碍与犯罪》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 9 页。

② CCMD—3 将精神障碍分为 10 个大类，每个大类下包括数种精神疾病，具体是：器质性精神障碍，包括阿尔茨海默（Alzheimer）病，脑血管病所致精神障碍，其他脑部疾病所致精神障碍，其他或待分类器质性精神障碍；精神活性物质或非成瘾物质所致精神障碍，包括精神活性物质所致精神障碍与非成瘾物质所致精神障碍；精神分裂症（分裂症）和其他精神病性障碍，包括精神分裂症（分裂症），偏执性精神障碍，急性短暂性精神病，感应性精神病，分裂情感性精神病，其他或待分类的精神病性障碍；心境障碍（情感性精神障碍），包括躁狂发作，双相障碍，抑郁发作，持续性心境障碍，其他或待分类的心境障碍；癔症、应激相关障碍、神经病，包括癔症，应激相关障碍，与文化相关的精神障碍，神经症；心理因素相关生理障碍，包括进食障碍，非器质性睡眠障碍，非器质性性功能障碍；人格障碍、习惯与冲动控制障碍、性心理障碍，包括人格障碍，习惯与冲动控制障碍，性心理障碍（性变态）；精神发育迟滞与童年和少年期心理发育障碍，包括精神发育迟滞，言语和语言发育障碍，特定学校技能发育障碍，特定运动技能发育障碍，混合性特定发育障碍，广泛性发育障碍；童年和少年期的多动障碍、品行障碍、情绪障碍，包括多动障碍，品行障碍，品行与情绪混合障碍，特发于童年的情绪障碍，儿童社会功能障碍，抽动障碍，其他童年和少年期行为障碍，其他或待分类的童年和少年期精神障碍；其他精神障碍和心理卫生情况，包括待分类的精神病性障碍，待分类的非精神病性精神障碍，其他心理卫生情况，待分类的其他精神障碍。

低、法律常识缺乏；刑事警察、检察官、法官等司法人员的法律素养也不甚高，“精神障碍”这一舶来的新鲜术语肯定不如“精神病”这一普通民众耳熟能详的“老资格”更具有广泛的社会基础和保证刑法迅速实施的效果。

（2）部分学者坚持认为刑法规定的精神病就是精神病性精神障碍，而不包括非精神病性精神障碍，所以刑法如此表述对于他们来说是完全正确的。如有的学者认为刑法中的精神病仅指精神活动异常达到一定程度的重性精神病患者、严重的智能障碍者和精神病等位状态等严重的精神障碍者，不包括神经官能症、轻度精神发育迟滞、变态人格及性心理障碍等轻度精神异常者。前者精神疾病患者的精神功能障碍会导致其辨认或控制行为的能力完全丧失，而后者属于非精神病性精神障碍者，一般都不会因精神障碍而丧失辨认或控制行为的能力。因此，只有前种精神疾病患者才可能成为《刑法》第 15 条规定的精神病人。①

（3）认为刑法规定的“精神病”不仅仅指精神病性精神障碍的学者认为可以通过法律解释的方法满足其主张。如参加过刑法起草工作的高铭暄教授曾经介绍过，对于 1979 年《刑法》第 15 条，在起草时有过讨论。有人提出在“精神病人”后面增加“或者有其他病态的人”，但多数人认为对“精神病人”可以做广义理解，不必再增加这一条。后来立法采纳了多数人的意见。②

但是，1997 年《刑法》仍然继承了 1979 年《刑法》的“精神病”这一称谓，笔者认为非常不科学，理由如下：①如前文所述，精神病性精神障碍与非精神病性精神障碍的区别不仅仅是程度上的，二者的病因和症状也存在着本质的差别，况且“重”与“轻”的区别也只是相对的，有些严重的“非精神病性精神障碍”的症状和表现比一般或轻微的“精神病性精神障碍”严重得多。所以刑法不能对“精神病”作狭义理解，应该规定非精神病性精神障碍；并且对“精神病”作扩张解释以包括“非精神病性精神障碍”的主张也是不合理的。②“精神病”这一概念并非刑法自创，而是来自精神医学，精神医学专家是严格区分精神病性精神障碍与非精神病性精神障碍的，而这些精神医学专家又往往是司法精神障碍鉴定的实施者，所以，出于自己的专业素养和思维习惯，精神医学专家可能会对横跨两个学科的不同含义的“精神病”倾向于作出精神医学的理解，从而影响司法精神障碍鉴定结果的科学性，具体到刑事领域，就是对被鉴定人的刑事责任能力、受审能力、证明能力、受刑能力的认定出现偏差，或者枉及无辜或者轻纵犯罪。③对于“精神病”的扩张性解释只是一种学理解释，纵观我国的立法解释与司法

---

① 参见高铭暄：《刑法学原理》第 1 卷，中国人民大学出版社 1993 年版，第 669—670 页。

② 参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的诞生》，法律出版社 1981 年版，第 41 页。

解释，笔者并没有看到把“精神病”解释为“精神障碍”的规定，只有 1989 年由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部和卫生部联合颁布的《精神疾病司法鉴定暂行规定》这一规章中提到了“精神疾病”的概念，但也没有对“精神疾病”和我国刑法中的“精神病”之间的关系作出任何解释。学理解释一大特点就是随意性，虽然很多刑法学者和司法精神医学学者主张对刑法中的“精神病”作扩张性解释，但扩张到何种程度还是“百花齐放、百家争鸣”的局面。笔者在此罗列几种观点，以兹证明：

A 认为“刑法条文中的‘精神病人’应该是指患有以下三类严重疾病者：(a) 各种明确诊断的精神病（即精神医学中狭义的精神病）；(b) 严重的智能缺陷，或者达到中度（痴愚）或比中度更重的精神发育不全（如白痴）；(c) 精神病等为状态，包括有严重意识障碍的癔症（也称癔症性精神病或癔症性精神错乱）和‘病理性醉酒’、‘病理性半醒状态’、‘病理性激情’、‘一过性精神模糊’（现称短暂的精神病理性障碍）等四种罕见的例外状态。”①

B 认为“我国刑法所使用的‘精神病’一词是从广义理解的，因为传统的精神病学分类包括重性精神病和轻性精神病，近代则把两者统称为精神疾病，使用精神病一词并不局限于重性精神病”，“精神病这个名词有两种含义，广义的包括各类精神障碍，有严重的精神病、精神发育迟滞、人格障碍、性变态、神经症等，现在把广义范围的精神病，称为精神疾病，或精神障碍；狭义的精神病指严重的精神病，代表性疾病是精神分裂症。”② “在我国此词有两种含义：(a)《刑法》中，此词意义相当于医学上的精神障碍或精神疾病；(b) 在医学上指严重的精神病态，不能适应正常的社会生活。”③

C 认为“精神病是由于人体内外原因引起的严重精神障碍性疾病。对刑法典中的‘精神病’应注意从两个方面加以正确理解：一方面，对‘精神病’应作广义理解，即它包括多种多样的慢性和急性的严重精神障碍，立法上认为不便于也无必要一一列明各种精神病，而以‘精神病’一词加以概括。另一方面，‘精神病’又不同于非精神病性精神障碍，如神经官能症、人格障碍、性变态等。精神病患者的精神功能障碍会导致其辨认能力或控制行为能力的完全丧失，而非精神病性精神障碍人一般不会因精神障碍而丧失辨认或控制行为的能力。因此，只有精神病人才有可能成为《刑法》第 18 条规定的无刑事责任能力人；至于非精神病性精

---

① 贾谊诚等编著：《实用司法精神病学》，安徽人民出版社 1998 年版，第 59 页。

② 郑瞻培：《司法精神医学基础》，上海医科大学出版社 1997 年版，第 25、52 页。

③ 马世民：《精神疾病的司法鉴定》，上海医科大学出版社 1998 年版，第 27 页。

神障碍人则不属于《刑法》第18条所称之‘精神病人’，其中有些是限制（减轻、部分）责任能力人，另一些则是完全责任能力人。”①

D认为我国刑法中使用的“精神病”一词在立法原意上是从广义上理解的，“它既可以指医学上所说的狭义的精神病，也可以指医学上所说的精神发育迟缓或者某些非精神病性的精神障碍”，“我国刑法上从广义理解的精神病实际上相当于医学上所说的‘精神疾病’或者‘精神障碍’；”② “精神病人就是泛指以各种精神活动异常为表现特征的精神障碍者”③，“精神病这一概念不论是医学的，还是法学的，都是广义的概念，医学与法学的理解是一致的。即各种精神活动障碍统称为精神病，而不是专指某些重性精神病。”④

虽然学说并不具有法律效力，但以上罗列的也都是资深的刑法学者和司法精神医学学者比较权威的观点，普通民众和法律工作者通过各种媒介难免不受到他们的影响，多种解释的并通流行，很可能会造成普通民众的法律意识以及法律工作者执行法律、适用法律的混乱。

综上所述，笔者认为我国1997年《刑法》中所表述的“精神病”无论从内涵还是外延方面指的都不是精神病性精神障碍，而应该泛指精神医学中的“精神障碍”，所以应该通过立法将“精神病”变更为“精神障碍”，并以立法解释或司法解释的方式对“精神障碍”的外延作出明确的界定。

（三）刑事责任能力阐释

1. 刑事责任能力的概念与本质。纵观各国现行刑法，通常没有关于刑事责任能力的明确概念，基本上都是通过设定一些事实条件来确定行为人刑事责任能力的有无及大小，我国刑法亦是如此。但刑事责任能力于刑事法律体系中的地位和作用又是极其重要的，与此同时，关于刑事责任能力的本质、内容、程度分级和判断标准等相关问题的争论也从未间断，基于以上考量，我国刑法学者和司法精神医学学者纷纷从自己的理解出发对刑事责任能力的概念加以厘定，笔者择其精要述之：

（1）责任能力是指一个人对行为的是非对错和是否危害社会、触犯刑法有辨认能力，并且有依其辨认决定是否实施危害行为的控制能力。简言之，责任能力

---

① 高铭暄：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第152页。

② 林准等编著：《精神疾病患者的刑事责任能力和医疗监护措施》，人民法院出版社1996年版，第2—7页。

③ 孙东东：《精神病人的法律能力》，现代出版社1992年版，第4页。

④ 吴正鑫：《我国司法精神医学鉴定制度若干问题研究》，载《法律与医学杂志》2000年增刊。

就是对刑法所禁止的危害社会的行为有辨认和控制能力。[①]

（2）责任能力是指一个人能够辨认或控制自己行为的能力，即指行为人能够理解自己行为的性质、后果和社会意义，并且能够自觉控制自己行为的能力。[②]

（3）刑事责任能力又称为责任能力。刑事责任能力是一个人认识自己行为的社会性质及其意义并控制和支配自己行为的能力。[③]

（4）刑事责任能力作为一种犯罪能力就是刑法上的行为能力。[④]

（5）刑事责任能力是指行为人认识自己行为的性质、意义、作用和后果，并能控制自己行为方向和对自己行为承担刑事责任的能力"，"它是行为人辨认和控制自己行为的能力。[⑤]

（6）责任能力是行为人能够理解其行为的内容在刑法上的性质并据以决定自己的行为，从而适于刑法性非难的人格状态。[⑥]

（7）所谓责任能力，应指行为人实施危害行为时，自己能够理解自己行为的性质后果和社会政治意义，并能控制自己的行为，从而对自己所实施的行为能够承担刑事责任的能力。[⑦]

（8）了解自己行为的性质、意义与后果，并能自觉地控制自己行为的公民，具有对自己行为负责任的能力，在刑事案件中，便是有刑事责任能力的人。[⑧]

（9）刑事责任能力，简称责任能力，是指行为人实施危害行为时，能够理解自己行为的性质、后果和社会政治意义，并能够控制自己的行为，从而对自己所实施的行为能够承担刑事责任的能力。[⑨]

（10）刑事责任能力……是指行为人认识自己行为的性质、意义、作用和后果，并能够控制自己行为方向和对自己行为承担刑事责任的能力。[⑩]

（11）刑事责任能力是指行为人构成犯罪和承担刑事责任所必需的，行为人具备刑法意义上的辨认和控制自己行为的能力。[⑪]

---

① 林准等编著：《精神疾病患者的刑事责任能力和医疗监护措施》，人民法院出版社 1996 年版，第 9 页。

② 贾谊诚：《司法精神病学》，安徽大学出版社 1988 年版，第 58 页。

③ 何秉松：《刑法教科书》，中国法制出版社 2000 年版，第 265 页。

④ 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 319 页。

⑤ 陈明华：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 120 页。

⑥ 冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 123 页。

⑦ 王晨：《刑事责任的一般理论》，武汉大学出版社 1998 年版，第 259 页。

⑧ 沈渔：《精神病学》，人民卫生出版社 1996 年版，第 233 页。

⑨ 马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 242、244 页。

⑩ 苏惠渔：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 143 页。

⑪ 赵秉志：《犯罪主体论》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 21—27 页。

(12) 刑事责任能力是指一个人认识自己行为的社会性质及其意义并控制和支配自己行为的能力”，它“既是犯罪能力，又是负刑事责任的能力。①

(13) 刑事责任能力是指行为人构成犯罪和承担刑事责任所必需的，行为人具备刑法意义上的辨认和控制自己行为的能力。②

(14) 责任能力简言之是指行为人构成犯罪和承担刑事责任所必需的能力。③

(15) 刑事责任能力简称责任能力，是一个法学概念，指行为人对自己的行为具有承担刑事责任的资格，是确定行为人是否犯罪的前提条件。④

在上述概念中，(1) — (4) 总体上把刑事责任能力表述为以控辨能力为内容的行为能力，也就是犯罪行为能力，简称犯罪能力；(5) — (10) 总体上把刑事责任能力表述为以控辨能力为内容的承担刑事责任的能力，基本相当于大陆法系刑法中的刑罚适应能力；(11) — (15) 总体上把刑事责任能力表述为以控辨能力为内容的构成犯罪和承担刑事责任的能力的统一，即犯罪行为能力与刑罚适应能力的统一。可见，由于我国刑法对于刑事责任能力的内容——辨认能力和控制能力已经作出了明确规定，所以诸学者对刑事责任能力的内容基本达成一致，主要的争论集中于刑事责任能力的本质，概念 (1) — (4) 代表的是行为能力说，(5) — (10) 代表的是刑罚适应能力说，(11) — (15) 代表的是二者的统一学说，又称折衷说。目前，折衷说居于刑法学界的通说地位。但笔者认为刑事责任能力在本质上就是犯罪行为能力而不可能是其它，具体分析考察如下：

刑事责任能力并不是以前苏联为首的社会主义法系国家独创的一个法律概念，而是前苏联刑法学者从大陆法系移植过来的。

大陆法系刑法中占统治地位的犯罪论体系是构成要件该当性、违法性与有责性，有责性也称为责任或者刑事责任，是指能够对行为人符合客观构成要件的违法行为进行伦理上的非难和谴责。一个行为要成立刑法的犯罪行为，除了符合刑法规定的构成要件，具有客观的违法性之外，还要求行为人主观上具有非难可能性。责任是成立犯罪的三大要件之一，它是犯罪成立的关键或者最后决定因素。⑤ 责任具有三个要素：责任能力，故意或过失以及期待可能性。这其中的责任能力就是刑事责任能力。而在英美法系刑法中，缺少“犯罪论体系”的相关规定，也没有明确的“刑事责任能力”概念。一个人要成立刑法规定的犯罪要充足

① 何秉松《刑法教科书》，中国法制出版社 1997 年版，第 230 页。

② 赵秉志：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 93 页。

③ 郑瞻培：《司法精神医学基础》，上海医科大学出版社 1997 年版，第 25 页。

④ 马世民：《精神疾病的司法鉴定》，上海医科大学出版社 1998 年版，第 352 页。

⑤ 参见赵秉志主编：《犯罪总论问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 13 页。

犯罪本体要件和责任充足要件，其中犯罪本体要件包括犯罪行为和犯罪意图，责任充足要件指没有合法辩护事由的存在。未成年、精神障碍、醉酒等合法辩护事由相当于大陆法系刑法中的刑事责任能力。可见，系统的刑事责任能力理论必须于大陆法系内部进行深入的挖掘：

刑事责任能力的观念，产生于刑事古典学派道义责任论的自由意志学说。古典学派基于道义责任论、自由意志论的立场，认为人有去恶从善、选择自己行为的意志自由，若行为人去善从恶，实施刑法禁止的危害行为，则其行为应受道义的评判，行为人对此应负道义上的责任。但并不是任何人都具有意志自由，具有意志自由的先决条件是，行为人能够认识其行为的价值或者行为的是非善恶；具有这种认识能力的人，才产生对自己行为的责任，法律才认为行为人具有责任能力；反之，则不具有责任能力。因此，责任能力是作为对行为人进行道义性非难的前提，是由自由意志决定的行为能力，即犯罪行为能力。如刑事古典学派的学者小野清一郎认为："行为人的道义责任是以行为人具有意识伦理性的规范，根据该意思决定自己行为的能力，换言之，是以具有辨别是非、根据该辨别行动的自由意思为前提的。"团藤重光认为，责任能力是"能够理解、实感并能遵守成为刑罚基础的社会道德规范"的能力，即"意识到自己行为的违法性，结果产生了正常的制止效果，从而形成了不去实施违法行为的自我控制能力"。大冢仁认为，责任能力指"理解刑法的规范，实施合乎刑法规范行为的能力"。西原春夫认为，责任能力指"遵循规范而行动的能力"。① 一些属于近代学派的学者也采用此种观点，如李斯特认为，责任能力指"认识行为不正确（非法、未被允许、不符合法律）的能力和依该认识而行为的能力"。②

刑事近代学派基于社会防卫论、行为决定论的立场，认为人不具有自由的意志，人的性格是由人的素质和外部环境所决定的，犯罪是行为人的危险性格的表现，刑法针对的就是行为人的危险性格，对具有人身危险性格的行为人科以刑事处罚的目的在于防卫社会。刑事古典学派所说的责任能力，就防卫社会而言，并无区别。"只是法律对不同的人采取不同的处罚方法，即对于有刑事责任能力的人处以刑罚，对于无刑事责任能力的人科以保安处分，因此责任能力指刑罚能力或刑罚适应能力。"③ 按照刑事近代学派的观点，不具有刑事责任能力的未成年人、精神病人的危害社会行为同样可以充足犯罪构成要件而成立犯罪行为，刑法

① ［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版，第 285 页。

② ［德］李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版，第 272 页。

③ 王政勋：《刑事责任能力比较研究》，载《宁夏社会科学》2004 年第 6 期。

之所以对其科以保安处分而不是刑罚，就是因为其刑事责任能力的缺失。如刑事近代学派的牧野英一认为，“从社会防卫的立场理解，责任能力是通过科以刑罚达到刑之目的的能力，所以责任能力是刑罚能力或刑罚适应性。”①

所以，意志是否自由是两个学派争论的焦点所在，意志自由，刑事责任能力则为犯罪行为能力；意志不自由，人人都不具有犯罪行为能力，犯罪行为能力这时已不属于刑法关注的范畴所在，刑事责任能力只能是刑罚适应能力。那么，人是否具有意志自由呢?

正如前文所述，现代心理学研究对意志自由论与行为决定论均进行了批判，并将二者折衷成新的学说：人的意志是自由的，但是这种自由不是绝对的，而是相对的，要受到素质、环境及行为状况的限制。受其影响，现代刑法学界与刑事立法对于刑事责任能力本质的理解也出现折衷之势，我国刑法学界亦是如此。

但笔者认为，我国刑法中的刑事责任能力不是刑罚适应能力，原因如下：

（1）在大陆法系刑法中，责任是犯罪构成的要件之一，责任能力是责任的一个要素，二者于刑法结构与功能层面都是统一的，共同指向危害行为成立犯罪的条件构成；但是，在我国刑法中，刑事责任与刑事责任能力是分离的，虽然对于刑事责任的本质我国刑法学者存在着义务说、法律责任说、强制义务说、不利后果说等诸多观点，但对于刑事责任是行为人的危害行为成立犯罪后才承担的责任，刑事责任是行为人犯罪的法律后果这一点早已达成共识，而刑事责任能力是犯罪主体的一个要素，犯罪主体是犯罪构成的四要件之一，一个危害行为成立犯罪要求行为人必须具备刑事责任能力，进而充足犯罪主体要件。可见，刑事责任能力是认定犯罪的条件之一。一个是犯罪成立的前提条件，一个是犯罪成立的法律后果，所以虽然我国刑法中的刑事责任与刑事责任能力概念来自大陆法系，但是无论从所处的刑法位置还是功能上都是不协调的，想当然地认为刑事责任能力是刑事责任的一个下位概念，并解释为承担刑事责任的能力的观点，显然是不妥当的。

（2）对于将刑事责任能力理解为承担刑事责任的能力，我国刑法学界有两种解释。一种观点认为：在我国刑法中，犯罪和刑事责任是完全一致的，有罪即有责，无罪即无责，罪大即责重，罪小即责轻，犯罪与刑事责任于质与量两个方面都是绝对地相适应的。所以，承担刑事责任的能力与成立犯罪的能力本质上是一致的。这种观点于逻辑上并无缺陷，但已使刑事责任能力丧失了其自身的地位和功能，使其徒有其表，名不符实，实则是变相的犯罪行为能力说。另一种观点将

① 鲁兰：《牧野英一刑事法思想研究》，中国方正出版社 1999 年版，第 100 页。

承担刑事责任的能力解释为刑罚的适应能力，即受刑能力。虽然受刑能力也以行为人的控辨能力为内容，这与我国的刑法的规定并无矛盾，但是受刑能力考察的是犯罪人于承受刑罚时的控辨能力，而犯罪行为能力考察的是行为人实施危害行为时的控辨能力，二者还是有本质上的区别的。所以，将刑事责任能力理解为受刑能力，那么，作为犯罪主体要件要素的刑事责任能力必将缺失，导致犯罪构成要件功能的失调而无法认定犯罪，这显然也是不妥当的。

（3）受刑能力考察的是犯罪人于承受刑罚时的控辨能力，也就是刑罚执行时或称犯罪人服刑时的适应性，但按照我国法律部门划分的原则，这一时期发生的社会关系应由刑事诉讼法、监狱法等程序法进行调整，但现实情况是相关程序法未见有关刑事责任能力的相关规定，却在解决刑事实体问题的刑法之中，并且是在总则部分大着笔墨，这无疑是现实对于理论的一个巨大批判。虽然有的学者认为受刑能力是刑罚能力，属于实体范畴，而刑事执行能力属于程序范畴，二者是不能被混淆的[①]，但是对于二者的区别的解释却并不能令笔者信服。

以上缺陷于折衷说中能得到有效克服：将刑事责任能力理解为犯罪行为能力与承担刑事责任的能力的统一体，一方面构建了刑事责任与刑罚的联系，另一方面达成了刑事责任能力与犯罪行为能力的统一，承上启下，维护了刑法体系结构的协调与平衡。那是否就能认为刑事责任能力是犯罪行为能力与受刑能力的统一体呢？对此笔者不能苟同，理由如下：

（1）从内容上看，二者并不完全统一，这又包括两种情况：一种是行为人具有犯罪行为能力而不具有受刑能力，如一个年满 16 周岁、没有精神障碍、无法定生理残疾的人犯罪被科以自由刑，在刑罚执行期间罹患精神病性精神障碍，致使其完全不具有控辨能力，在这种情况下，危害行为成立犯罪，但在具体适用或执行刑罚时，因行为人不具有刑罚接受能力而采取相应的变通措施；另一种是行为人具有受刑能力而不具有犯罪能力，如精神病性精神障碍人实施危害行为，但行为之后其痊愈，在这种情况下，行为不构成犯罪，仅仅根据受刑能力不能认定行为人有罪。

（2）从形式上看，刑法关于刑事责任能力的规定主要集中于第 2 章第 1 节（犯罪和刑事责任）的第 16 条至 18 条之中，其内容都是关于成立犯罪和承担相应的刑事责任的，并没有服刑能力的内容；应该规定受刑能力的第 3 章（刑罚）和第 4 章（刑罚的具体运用）也未见任何有关受刑能力的规定。

所以，无论从内容还是形式层面来考察，将我国刑法中的刑事责任能力解释

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等，上海翻译出版公司 1991 年版，第 230 页。

为犯罪行为能力和受刑能力的统一既缺乏法理基础，也没有充分的实在法根据。

综上，经过排除，刑事责任能力本质上只能是犯罪行为能力，并且从正面分析也是说得通的。行为能力是一个源自于民法的概念，狭义上指的是民事主体通过自己的行为能独立地享有民事权利和承担民事义务的资格，其内容是独立的意思表示，广义上既包括实施民事法律行为等合法行为的能力，而且也包括实施不合法行为的能力，即对不法的实现和不履行义务的行为能力。可见，狭义的行为能力与不法的行为能力都属于行为能力的范畴。[①] 行为能力的概念随着法律的交汇融合而上升为法理学的概念，后来被其他的法律部门沿袭。刑事法律部门的刑事责任能力与狭义的民事行为能力相比在本质上就有诸多的相似性：①划分行为能力的程度一样。分为完全行为能力、限制行为能力、无行为能力三种。②影响行为能力的因素相同。无论是民事行为能力或是刑事责任能力都受年龄、智力发育程度以及精神状态的影响。③内容完全一致。同为意思能力，都是实施涉及法律的某种活动所需要的最低限度的认识和控制能力。[②]

所以，刑事责任能力在本质上就是刑事法律关系的主体之一——犯罪人实施最严重的不法行为——犯罪行为的能力，即犯罪行为能力。

因此，笔者认为，对刑事责任能力从其内容和本质两个方面加以界定是比较妥当的，其应然概念为：行为人构成犯罪所必需的具备刑法意义上的辨认和控制自己行为的能力。

2. 刑事责任能力的判断标准。刑事责任能力的判断标准，探讨的是用何种标准来衡量刑事责任能力的有无及大小的问题。纵观各国刑事法律，目前存在的刑事责任能力判断标准的立法方式主要有三种：

（1）生物学（生理学）标准，即“以行为人之反常状态为影响刑事责任能力判别之原因，而不涉及反常状态之结果。”

（2）心理学（法学）标准，即“不以行为人的某种精神反常状态为原因，而是以由此反常状态而出现之结果，亦即以行为人行为时的心理态度而定刑事责任能力的有无。”

（3）混合标准（兼采生物学和心理学标准），即“先确定责任能力之生理原因，再标明行为人行为时由此原因所生之影响责任能力之心理状态。”[③]

当今世界各国刑事立法多采混合标准，我国刑法通过刑事责任年龄、精神障

① 参见王利明等编著：《民法新论》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 154 页。
② 参见赵延波：《“刑事责任能力”之界定》，载《政法论丛》2003 年第 5 期。
③ 黄丁全：《刑事责任能力研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 43—51 页。

碍、生理缺陷规定生物学标准，通过辨认和控制行为的能力规定心理学标准，采用的也是混合标准。具体而言如下：

我国《刑法》第 17 条前两款规定："已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。"有的学者据此认为我国刑法只规定了刑事责任年龄——完全责任年龄和限制责任年龄，此处采取的是生物学标准，而不是混合标准。笔者则认为，刑法关于刑事责任年龄的规定实际上是一种法律上的推定。在正常的情况下，人的心理能力，主要是辨认能力和控制能力是随着年龄的增大而不断完善的，刑法推定 16 周岁是行为人控辨能力达到完全成熟的年龄而赋予其完全刑事责任能力，14 周岁是行为人控辨能力达到部分成熟的年龄而赋予其限制刑事责任能力，可见，刑事责任年龄与控辨能力因为刑法的推定而存在着内在的逻辑联系。正如意大利刑法学者指出："人的认识能力和控制能力只能通过生理成熟进程而逐渐形成，是一个显而易见的事实。正是由于这个原因，《刑法》第 97 条规定，'实施行为时未满 14 周岁的人，没有刑事责任能力。'这个严格的限制，是一种绝对的关于无刑事责任能力的推定。这种推定并不符合人格发展形成的渐进性（对特定事实的认识能力和控制能力，绝不是刚满 14 岁的第二天就一下子形成的）；但是，这样的推定却为维护法律的确定性和法律面前人人平等所必需，在刑事责任能力这个特别容易引起争论的问题上，更需如此。"①

我国《刑法》第 18 条前 3 款规定："精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任；间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。"由此可见，我国刑法对于精神障碍人的刑事责任能力的判断明显采取的是混合标准，即首先判断行为人罹患精神障碍，在此基础上考察行为人的控辨能力，并且控辨能力的异常必须与精神障碍状态有直接的因果关系，也就是说，控辨能力的异常是因为精神障碍而引起的。

我国《刑法》第 19 条规定："又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。"聋哑人或者盲人由于听觉、语言或者视觉功能丧失，可能使其认识能力及社会交往能力受到限制，从而损害心理机能，影响其控辨能力，由此决定了他们在为所实施的危害行为承担刑事责任方面不能等同于正常人。可见，

---

① ［意］杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 194 页。

这里同样存在着一个法律推定，即聋哑人或盲人的控辨能力因为法定的生理缺陷而减弱或丧失，二者同样存在着内在的逻辑联系，可以认为这里同样采用的是混合标准。但笔者认为这种法律推定过于简单，不够科学，“因为聋哑人和盲人的生理缺陷有先天性的，也有后天的；有幼年时就存在的，也有成年以后才发生的；有受到良好训练与教育而使缺陷明显得以补偿的，也有因缺少条件而无以补偿的。这必然使他们的心理功能的发展产生显著的差异，对其行为的控辨能力的影响很不一致。”[①] 在缺乏明确的关于控辨能力规定而又允许法官酌情“从轻、减轻或者免除处罚”的情况下，很可能会导致轻纵犯罪的情形发生。因此，应当参照《刑法》第 18 条建立起聋哑人或者盲人的特殊控辨能力情形与相应刑事责任能力程度的直接法定联系。

3. 刑事责任能力与相关行为能力类型的关系辨析。在上文讨论刑事责任能力的本质时粗略地介绍了受刑能力，在本案的基本诉讼过程中还涉及被告人邱兴华的受审能力问题，以下，笔者拟就刑事责任能力与受审能力、受刑能力等其他类型的行为能力的关系加以探讨研究：

受审能力的定义比较松散，国内外尚无肯定统一的概念。笔者认为，将受审能力理解为“刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人能否理解自己在刑事诉讼过程中的地位、权利，能否理解诉讼过程的意义，能否行使自己的诉讼权利的能力。”[②] 是比较合理的。对于服刑能力的概念，比较权威的表述是：“经过判决被定罪的罪犯或者服刑人员，能够承受法院对其剥夺部分权益的刑罚，能够清楚理解自己犯罪行为的性质、危害程度、危害后果，能够理解刑罚的性质、目的、意义以及能否有效接受劳动改造的生理和心理条件，又被称为刑罚承受能力。”[③]

对比刑事责任能力、受审能力与受刑能力，三者有诸多相似之处，如三者都是以一定的意思能力为内容的，控辨能力是三者的主观构成基础；三者的判断标准采用的都是生物学和心理学双重标准，即混合标准；对于三者程度的划分，刑法学界通说都坚持三分法，即完全能力、限制能力以及无能力。再加之我国刑事法律缺乏对受审能力与受刑能力系统而明确的规定，致使司法实践和学理研究中常常发生将三者两两混淆的情况。其实，三者于本质上是完全不同的，其区别显而易见：①受审能力主要关注犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼过程中的精神状态对其理解诉讼性质及可能后果、合理地与辩护人合作并选择合理辩护策略的影

---

① 陈霆宇：《刑事责任能力若干问题新探》，载《山东公安专科学校学报》2002 年第 4 期。

② 管唯等：《试论精神病人的受审能力》，载《中国司法鉴定》2002 年第 4 期。

③ 宁松：《罪犯服刑能力探析》，载《政治与法律》2006 年第 3 期。

响；受刑能力关注的是罪犯在服刑过程中的精神状态对其理解刑罚的性质、目的、意义以及能否有效接受劳动改造的影响；刑事责任能力关注的是行为人在实施危害行为过程中的精神状态对其辨认和控制自己行为能力的影响。②一般来说，受审能力鉴定先于刑事责任能力的鉴定，受刑能力鉴定位于三者最末。③受审能力主要影响诉讼程序进行，可能导致诉讼中止；受刑能力主要影响刑罚的执行，可能导致刑罚执行的中止；刑事责任能力主要影响刑事责任的判定，可能导致出罪和刑罚的非科。

（四）被告人邱兴华的刑事责任能力问题探讨

通过上文的系统梳理，笔者基本廓清了精神障碍与刑事责任能力的一般法理关系，下面，笔者拟结合本案的实际情况具体探讨一下被告人邱兴华的刑事责任能力问题。

如前所述，精神障碍人的刑事责任能力判定需经过两个步骤：首先判断行为人是否罹患精神障碍，在罹患精神障碍的基础上，进一步判断行为人的控辨能力因精神障碍而削弱和减轻的程度是否达到了刑法要求的标准，如是，则行为人成为刑法规定的限制刑事责任能力人或无刑事责任能力人，如否，则行为人是刑法规定的完全刑事责任能力人。

对刑事被告人进行司法精神障碍鉴定的一般程序是合议庭可以自行或应辩方的要求启动该程序，鉴定人由法律规定的有资格的精神科医生充任，经过鉴定，出具被鉴定人是否罹患精神障碍的肯定性结论和被鉴定人的控辨能力是否受精神障碍影响的参考性结论，最后由合议庭参考鉴定结论决定被告人的刑事责任能力状态。但是在本案中，二审合议庭拒绝了被告辩护人申请司法精神障碍鉴定的请求，所以，不存在一个客观有效的鉴定结论，笔者也无法肯定明确地评价邱兴华犯罪时的精神状态，但他罹患精神障碍进而影响控辨能力的可能性笔者认为是毋庸置疑的。

1. 一些比较权威的司法精神障碍鉴定专家公开声明认为邱兴华可能患有精神病。如无锡市精神卫生中心主任医师、教授、无锡市司法精神病鉴定委员会技术组顾问刘锡伟教授曾列出了邱兴华患有精神病的 10 点理由和根据："①邱母患有精神病，邱天天自言自语几小时，属精神分裂症状；②邱对妻称要到医院做亲子鉴定，说明邱有非血统妄想；③邱怀疑女儿不是亲生，仅仅是因女儿走路姿势不像他，说明邱有非血统和妒忌妄想；④邱敲妻子的门因无人回答即认为妻在别房睡，体现了作为精神病杀人的偶然性；⑤邱把妻与别人的对视称之为'眉来眼去'，是精神症状妄想知觉；⑥邱痛骂妻子，并用膝盖顶她胸口，是精神病人常见的打人骂人；⑦邱看望岳父母，却在父母的坟上锄草，这种应对颠倒体现邱社

会功能的受损；⑧邱把石头说成螃蟹，说明有错觉；⑨邱在杀人时带有明显的'剩余杀人'特点，这是精神病人杀人特征；⑩滥杀无辜，属'返祖兽性化症状群'"。[①] 并专门撰写了《致最高人民法院的专家证言书》来具体解释邱兴华患有精神病的理由，请求高院同意对邱兴华进行司法精神病鉴定。

另外，著名精神病专家、湖南医科大学教授杨德森在接受记者采访时，从杀人动机的角度怀疑邱兴华患有精神病，认为应作司法精神病鉴定。[②] 国内司法精神病鉴定领域另一位权威、华西医科大学教授、精神病学专家刘协和在接受记者电话采访时称，他和国内精神病学界一样，在高度关注邱兴华案。他认为，据现有资料（媒体报道和庭审情况），已可以基本判定邱兴华有精神病。[③] 最高人民法院在 2003 年 5 月曾在人民法院报上公布八大司法精神病鉴定专家名单：刘协和教授、杨德森教授、田祖恩教授、纪述茂教授、韩臣柏教授、郑瞻培教授、方明昭教授、于庆波教授，前五人均有邱兴华患有精神病的表述，可见怀疑邱兴华患有精神病的认识于司法精神医学界带有一定普遍性。[④]

2. 二审合议庭拒绝给被告人作司法精神障碍鉴定的理由不能令人信服。二审合议庭认为，邱兴华故意杀人目的明确，且杀人后多次躲过公安机关的围捕，证明其是在有意识地逃避打击。在侦查、起诉阶段的多次讯问和一、二审法院审判中，其对杀人、抢劫的动机、原因、手段及现场情况均作了前后一致的供述，回答问题切题，思维清晰，无反常的精神表现。综上足以证实上诉人邱兴华故意杀人、抢劫犯罪时具有完全的辨认和控制自己行为的能力，故对辩护人要求对邱兴华进行司法精神病鉴定的意见不予采纳。如上文所述，刑事责任能力与受审能力有本质上的不同，刑事责任能力考查的应该是邱兴华故意杀人、抢劫时的精神状态，侦查、起诉阶段和一、二审法院的审判过程中邱兴华的正常的精神表现只能表明邱兴华具有完全的受审能力，这丝毫不能证明邱兴华具有完全的刑事责任能力。

综上，邱兴华可能罹患精神障碍的结论是合情合理的，按照我国刑事诉讼相关法律的规定，应该对其进行司法精神障碍鉴定，但实际上这并没有发生。笔者清晰地记得发生在 2004 年的云南大学学生马加爵故意杀人案，它与本案有诸多的相似之处，如都是恶性的杀人案，死者众多，犯罪动机都是生活中的琐碎矛

---

① 刘锡伟：《关于邱兴华患有精神学的十点理由和根据》，载《三秦都市报》2006 年 11 月 16 日第 3 版。

② 曹晶晶：《邱兴华不做精神病鉴定惹争议——专家各执一词》，载《新快报》2006 年 12 月 10 日第 5 版。

③ 柴会群：《邱兴华二审玄机》，载《南方周末》2006 年 12 月 14 日第 1 版。

④ 参见刘锡伟："致最高人民法院的专家证言书"，转引自 http：//www. bbs. chinacourt. org。

盾，案犯对作案时间、地点以及工具都作了精心的选择，犯案后案犯都选择了逃避警方的抓捕，在庭审过程中都异常冷静，对所犯罪行都供认不讳，都没有丝毫惧怕死刑的表现等等。但当时的合议审判庭就同意了被告辩护人的请求而对马加爵作了司法精神病鉴定，为何本案中对邱兴华的司法精神病鉴定请求就得不到合议庭的同意呢？这就涉及我国司法精神障碍鉴定制度的相关问题了。

六、司法精神障碍鉴定制度的相关问题

（一）我国司法精神障碍鉴定制度阐释

1. 司法精神障碍鉴定制度的概念界定。2005 年 2 月 28 日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》对“司法鉴定”的概念作了明确的表述。“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”这是我国的法律规范首次规定司法鉴定的概念。

对于司法精神病鉴定的概念未见立法表述，诸多司法精神医学学者从学理研究的视角出发对司法精神病鉴定下了定义。如张爱武认为：“简单地讲，司法精神病鉴定也称为精神病司法鉴定，是指在诉讼过程中由一定的机关、组织或单位运用司法精神病学的知识对被鉴定人的精神状况作出客观判断的活动。”[①] 对司法精神病鉴定，理论界还有人称其为法精神病学鉴定，即“利用法精神病学学科专业知识对一定人是否有精神疾病进行的鉴定”。[②] 我国《司法鉴定职业分类规定》（试行）将司法精神病鉴定称为“法医精神病鉴定”，即“运用司法精神病学的理论和方法，对涉及与法律有关的精神状态、法定能力（如刑事责任能力、受审能力、服刑能力、民事行为能力、监护能力、被害人自我防卫能力、作证能力等）、精神损伤程度、智能障碍等问题进行鉴定”。在现行法律规范中，我国的《刑事诉讼法》将司法精神病鉴定表述为“精神病的医学鉴定”，《精神疾病司法鉴定暂行规定》则将司法精神病鉴定表述为“精神疾病司法鉴定”。这些概念与表述虽然形式略微不同，但其核心要素都是一样的，就是“精神病”或“精神疾病”，在本文第 2 章的论述中，笔者已经得出了应该用“精神障碍”而非“精神疾病”代替刑法中的“精神病”这一概念的结论，刑事程序法律法规是为刑事实体法服务的，二者统一于刑事法律科学之中，所以在刑事程序法律法规中也应统

---

① 张爱武等：《司法精神病鉴定制度研究》，载《吉林公安高等专科学校学报》2005 年第 1 期。

② 徐立根：《论鉴定》，载司法部法规教育司编：《司法鉴定立法研究》，法律出版社 2002 年版，第 135 页。

一使用“精神障碍”一词，司法精神病鉴定或精神疾病司法鉴定等称谓也应相应变更为“司法精神障碍鉴定”，司法精神病鉴定制度应变更为“司法精神障碍鉴定制度”。所以，笔者除了对于本案基本诉讼过程的事实陈述使用“司法精神病鉴定”之外通通使用“司法精神障碍鉴定”一词。

在上述诸概念中，笔者认为将《司法鉴定职业分类规定》（试行）中的“精神病的医学鉴定”概念稍作修改即可科学地表述“司法精神障碍鉴定”为：运用司法精神医学的理论和方法，对涉及与法律有关的精神状态、法定能力（如刑事责任能力、受审能力、服刑能力、民事行为能力、监护能力、被害人自我防卫能力、作证能力等）、精神损伤程度、智能障碍等问题作出客观判断的活动。由是，司法精神障碍鉴定制度可以界定为“为完成案件中有关被鉴定人的精神状态及其法律能力的鉴定所涉及的一系列司法制度的总称”①，具体包括司法精神障碍鉴定的管理体制、鉴定主体制度、鉴定启动制度、鉴定的范围、鉴定的标准、鉴定程序制度、鉴定结论的审查制度、鉴定结论失真的救济制度以及鉴定责任制度。惟应注意的是，按照上述定义，司法精神障碍鉴定制度实为贯穿刑事、民事、行政三大诉讼法律体系的综合性法律制度，但基于本文的选题以及研究的视角，笔者以下只关注刑事诉讼领域的司法精神障碍鉴定制度，即刑事司法精神障碍鉴定制度。

2. 司法精神障碍鉴定制度的规范梳理。我国没有统一的《司法鉴定法》，司法鉴定的相关制度散见于诸多法律规范之中。具体到司法精神障碍鉴定制度，则主要见于四个法律文件之中。它们是：最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于 1989 年联合发布的《精神疾病司法鉴定暂行规定》，第八届全国人民代表大会第四次会议于 1996 年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会于 1998 年联合发布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》，第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议于 2005 年通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》。这些规定杂乱无序，具体内容不能协调，甚至前后矛盾，自相抵触，已严重影响到司法精神障碍鉴定制度的法律功能发挥，笔者认为应当结合司法精神障碍鉴定的具体制度对上述法律规范进行系统地梳理，以使其条理清晰、协调完备，保证法律的实用性与维护法律的严肃性。

（1）司法精神障碍鉴定的管理体制。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第 3 条规定：“为开展精神疾病的司法鉴定工作，各省、自治区、直辖市、地区、地级

---

① 原洁：《我国司法精神鉴定主体制度的法律思考》，载《中国司法鉴定》2003 年第 2 期。

市，应当成立精神疾病司法鉴定委员会，负责审查、批准鉴定人，组织技术鉴定组，协助、开展鉴定工作。”第 4 条规定：“鉴定委员会由人民法院、人民检察院和公安、司法、卫生机关的有关负责干部和专家若干人组成，人选由上述机关协商确定。”由此可见，我国司法精神障碍鉴定的管理体制属于行政权力管理型体制，即司法精神障碍鉴定的鉴定机构和鉴定人员的社会准入与退出由精神疾病司法鉴定委员会管理。《关于司法鉴定管理问题的决定》第 2 条规定：“国家对从事下列司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度：（一）法医类鉴定……”第 3 条规定：“国务院司法行政部门主管全国鉴定人和鉴定机构的登记管理工作。省级人民政府司法行政部门依照本决定的规定，负责对鉴定人和鉴定机构的登记、名册编制和公告。”第 6 条规定：“申请从事司法鉴定业务的个人、法人或者其他组织，由省级人民政府司法行政部门审核，对符合条件的予以登记，编入鉴定人和鉴定机构名册并公告。省级人民政府司法行政部门应当根据鉴定人或者鉴定机构的增加和撤销登记情况，定期更新所编制的鉴定人和鉴定机构名册并公告。”按照《关于司法鉴定管理问题的决定》第 17 条第 1 款的规定：“法医类鉴定，包括法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神鉴定、法医物证鉴定和法医毒物鉴定。”所以，《关于司法鉴定管理问题的决定》从内容上包含了对司法精神障碍鉴定的调整，根据后法优于先法的法律适用原则，《关于司法鉴定管理问题的决定》对于我国司法精神障碍鉴定的管理体制的新规定应取代《精神疾病司法鉴定暂行规定》的原有规定而发生法律效力。所以，我国现行司法精神障碍鉴定实行的是单一行政机关主管体制，即由国家和省级人民政府的司法行政部门全权负责司法精神障碍鉴定的管理工作，主要包括对鉴定机构和鉴定人的准入、退出的实质性审查、登记、名册编制与更新以及公告等内容。

（2）鉴定主体制度。鉴定主体制度是司法鉴定制度的核心，主要包括鉴定人的类型、地位、资格、能力、权利、义务等内容。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第 5 条规定：“鉴定委员会根据需要，可以设置若干个技术鉴定组，承担具体鉴定工作，其成员由鉴定委员会聘请、指派。技术鉴定组不得少于两名成员参加鉴定。”第 6 条规定：“对疑难案件，在省、自治区、直辖市内难以鉴定的，可以由委托鉴定机关重新委托其他省、自治区、直辖市鉴定委员会进行鉴定。”第 13 条规定：“具有下列资格之一的，可以担任鉴定人：（一）具有五年以上精神科临床经验并具有司法精神病学知识的主治医师以上人员。（二）具有司法精神病学知识、经验和工作能力的主检法医师以上人员。”由此可见，我国的司法精神障碍鉴定很早就确立了双重鉴定主体制度，作为鉴定机构的精神疾病司法鉴定委员会技术鉴定组和作为鉴定人的具有一定资格的精神病科主治医师以上人员与具有一

定资格的主检法医师以上人员。该规定是根据1979年的《刑事诉讼法》的规定制定的，1996年修订的《刑事诉讼法》对司法精神障碍的鉴定主体作了重新的规定："对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。"按照后法优于先法和上阶位的法优于下阶位的法的法律适用原则，《精神疾病司法鉴定暂行规定》中与《刑事诉讼法》中关于司法精神障碍鉴定主体相抵触的内容自动失效，所以，从法律层面上讲，精神疾病司法鉴定委员会技术鉴定组丧失了其司法精神障碍鉴定机构的资格而被省级人民政府指定的医院所取代，法医因为不在医院工作也丧失了司法精神障碍鉴定人的资格。《关于司法鉴定管理问题的决定》第4条规定："具备下列条件之一的人员，可以申请登记从事司法鉴定业务：（一）具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的高级专业技术职称；（二）具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的专业执业资格或者高等院校相关专业本科以上学历，从事相关工作五年以上；（三）具有与所申请从事的司法鉴定业务相关工作十年以上经历，具有较强的专业技能。因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的，受过开除公职处分的，以及被撤销鉴定人登记的人员，不得从事司法鉴定业务。"按照后法由于先法的原则，《精神疾病司法鉴定暂行规定》第13条第1款的规定"具有五年以上精神科临床经验并具有司法精神病学知识的主治医师以上人员"因为被上述3款的内容涵盖而自动失效。《关于司法鉴定管理问题的决定》第5条规定："法人或者其他组织申请从事司法鉴定业务的，应当具备下列条件：（一）有明确的业务范围；（二）有在业务范围内进行司法鉴定所必需的仪器、设备；（三）有在业务范围内进行司法鉴定所必需的依法通过计量认证或者实验室认可的检测实验室；（四）每项司法鉴定业务有三名以上鉴定人。"可见，我国目前司法精神障碍鉴定主体仍然采用双重主体规定，即符合《关于司法鉴定管理问题的决定》第5条规定条件的由省级人民政府指定的医院和符合《关于司法鉴定管理问题的决定》第5条规定条件的省级人民政府指定医院的精神科医生。

（3）鉴定启动制度。司法精神障碍鉴定的启动是鉴定工作的开始，而鉴定的实质开始于鉴定人的选任。对此，《精神疾病司法鉴定暂行规定》第2条规定："精神疾病的司法鉴定，根据案件事实和被鉴定人的精神状态，作出鉴定结论，为委托鉴定机关提供有关法定能力的科学证据。"第6条规定："对疑难案件，在省、自治区、直辖市内难以鉴定的，可以由委托鉴定机关重新委托其他省、自治区、直辖市鉴定委员会进行鉴定。"可见，司法精神障碍鉴定的启动权只在于委托鉴定机关，至于委托鉴定机关的含义，第17条又作了进一步的解释："司法机关委托鉴定时，需有《委托鉴定书》……"可见，委托鉴定机关指的是具体负责刑事案件的司法机关。《刑事诉讼法》第119条规定："为了查明案情，需要解决

案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有关专门知识的人进行鉴定。”此项规定中的指派、聘请行为的主体按照《刑事诉讼法》的条文结构理解，指的就是相应的司法机关。这就进一步明确了《精神疾病司法鉴定暂行规定》关于我国司法精神障碍鉴定启动主体的规定。《刑事诉讼法》第159条规定：“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。”这项规定赋予了刑事诉讼中的被告人及其辩护人司法精神障碍鉴定的申请权，有的学者据此认为对于司法精神障碍鉴定的申请也是司法精神障碍鉴定的启动方式之一，但是，申请的后果是不确定的，因为对于申请的决定权掌握在合议庭手里，像本案被告人邱兴华的二审辩护人提出的对邱兴华进行司法精神病鉴定的申请就被合议庭拒绝，所以在鉴定申请并不必然地启动鉴定程序的情况下，我国司法精神障碍鉴定活动的启动与否，其决定权只能在于司法机关。

（4）鉴定的范围。鉴定的范围包括被鉴定人的范围和鉴定内容的范围两个方面。对此，《精神疾病司法鉴定暂行规定》都作了相应的规定。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第7条规定了被鉴定人的范围：“对可能患有精神疾病的下列人员应当进行鉴定：（一）刑事案件的被告人、被害人；（二）民事案件的当事人；（三）行政案件的原告人（自然人）；（四）违反治安管理应当受拘留处罚的人员；（五）劳动改造的罪犯；（六）劳动教养人员；（七）收容审查人员；（八）与案件有关需要鉴定的其他人员。”第9条规定了刑事案件的鉴定内容范围：“刑事案件中，精神疾病司法鉴定包括：（一）确定被鉴定人是否患有精神疾病，患何种精神疾病，实施危害行为时的精神状态，精神疾病和所实施的危害行为之间的关系，以及有无刑事责任能力。（二）确定被鉴定人在诉讼过程中的精神状态以及有无诉讼能力。（三）确定被鉴定人在服刑期间的精神状态以及对应当采取的法律措施的建议。”第11条规定：“确定各类案件的被害人等，在其人身、财产等合法权益遭受侵害时的精神状态，以及对侵犯行为有无辨认能力或者自我防卫、保护能力。”对于司法精神障碍鉴定范围，其他法律法规未见相关规定。

（5）鉴定的标准。鉴定标准指的是鉴定主体从事司法精神障碍鉴定所遵循的统一标准，包括精神障碍的诊断标准和刑事责任能力的判断标准两个方面。关于鉴定的标准，我国立法规定不多，只于《精神疾病司法鉴定暂行规定》中作了简单的规定。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第19条规定：“刑事案件被鉴定人责任能力的评定：被鉴定人实施危害行为时，经鉴定患有精神疾病，由于严重的精神活动障碍，致使不能辨认或者不能控制自己行为的，为无刑事责任能力。被鉴定人实施危害行为时，经鉴定属于下列情况之一的，为具有责任能力：1. 具有

精神疾病的既往史，但实施危害行为时并无精神异常；2. 精神疾病的间歇期，精神症状已经完全消失。”可见，我国立法只对刑事责任能力的判断标准有所规定，对于精神障碍诊断标准未作规定，况且《精神疾病司法鉴定暂行规定》是根据1979年的《刑法》制定的，刑事责任能力的判断标准采的是二分法，即将刑事责任能力分为无刑事责任能力和完全刑事责任能力两种，这与现行《刑法》将刑事责任能力分为无刑事责任能力、限制刑事责任能力和完全刑事责任能力的三分法也是矛盾的，根本无法指导现行的司法精神障碍鉴定活动。1997年《刑法》对精神障碍人的刑事责任能力程度划分标准作了规定，笔者认为可以把它作为司法精神障碍鉴定中刑事责任能力的判断标准。《刑法》第18条规定：“精神病人在不能辨认或者控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任……间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。”但是《刑法》规定的标准只有辨认和控制能力这两个抽象因素，太过宽泛，不具有实际操作性，其法律地位只能是一般性的指导原则，而不是可操作的具体的判断标准。

(6) 鉴定程序制度。因为申请并不必然启动司法精神障碍鉴定，所以申请不属于鉴定的必经程序。鉴定程序应当包括：司法机关委托鉴定，出具《委托鉴定书》，提供相关鉴定材料；鉴定主体接受委托进行鉴定，鉴定结束后制作《鉴定书》。对此，《精神疾病司法鉴定暂行规定》作了相应的规定。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第17条规定：“司法机关委托鉴定时，需有《委托鉴定书》，说明鉴定的要求和目的，并应当提供下列材料：（一）被鉴定人及其家庭情况；（二）案件的有关材料；（三）工作单位提供的有关材料；（四）知情人对被鉴定人精神状态的有关证言；（五）医疗记录和其他有关检查结果。”第18条规定：“鉴定结束后，应当制作《鉴定书》。《鉴定书》包括以下内容：（一）委托鉴定机关的名称；（二）案由、案号，鉴定书号；（三）鉴定的目的和要求；（四）鉴定的日期、场所、在场人；（五）案情摘要；（六）被鉴定人的一般情况；（七）被鉴定人发案时和发案前后各阶段的精神状态；（八）被鉴定人精神状态检查和其他检查所见；（九）分析说明；（十）鉴定结论；（十一）鉴定人员签名，并加盖鉴定专用章；（十二）有关医疗或监护的建议。”对于司法精神障碍鉴定程序，其他法律法规未见相关规定。

(7) 鉴定结论的审查制度。《刑事诉讼法》第42条规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。证据有下列七种：（一）物证、书证；（二）证人证言；（三）被害人陈述；（四）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；（五）鉴定结论；

（六）勘验、检查笔录；（七）视听资料。以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”由此可见，鉴定结论是法定证据的一种，和其他的证据一样，并不具备预先的法律效力，需要通过合议庭的审查，才能被采信成为认定案件的根据。《关于司法鉴定管理问题的决定》第 11 条规定：“在诉讼中，当事人对鉴定意见有异议的，经人民法院依法通知，鉴定人应当出庭作证。”这是关于鉴定结论审查制度的最新补充，有利于保障作为证据的鉴定结论的科学性和合法性，司法意义重大。至于其他的审查程序，基本适用《刑事诉讼法》关于证据审查的一般规定。

（8）鉴定结论失真的救济制度。对于鉴定结论失真应该从广义上理解，主要指已经作出的鉴定结论，因为不符合证据规则而无法被合议庭采信，或者争议较大而难于被采信，或者仍然有疑点而无法被确定无疑地采信的情形。对于鉴定结论失真，早在《精神疾病司法鉴定暂行规定》中就规定了相应的救济制度。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第 8 条规定：“鉴定委员会根据情况可以接受被鉴定人补充鉴定、重新鉴定、复核鉴定的要求。”《刑事诉讼法》对鉴定结论失真的救济制度作了进一步的完善，但同时把作为救济主体的鉴定委员会变更为相应的国家司法机关。《刑事诉讼法》第 121 条规定：“侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。”第 159 条第 1 款规定：“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。”《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第 18 条规定：“人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。”根据后法优于先法和上阶位的法优于下阶位的法的法律适用原则，目前我国司法精神障碍鉴定结论失真后由法定司法机关救济。

（9）鉴定责任制度。司法精神障碍鉴定责任制度包括鉴定主体的责任制度和鉴定管理者的责任制度两个方面。对于鉴定主体的责任制度，几个法律文件都作出了相应的规定。《精神疾病司法鉴定暂行规定》第 16 条规定：“鉴定人在鉴定过程中徇私舞弊、故意作虚假鉴定的，应当追究法律责任。”《刑事诉讼法》第 120 条第 3 款规定：“鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。”《关于司法鉴定管理问题的决定》第 13 条规定：“鉴定人或者鉴定机构有违反本决定规定行为的，由省级人民政府司法行政部门予以警告，责令改正。鉴定人或者鉴定机构有下列情形之一的，由省级人民政府司法行政部门给予停止从事司法鉴定业务

三个月以上一年以下的处罚；情节严重的，撤销登记：（一）因严重不负责任给当事人合法权益造成重大损失的；（二）提供虚假证明文件或者采取其他欺诈手段，骗取登记的；（三）经人民法院依法通知，拒绝出庭作证的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。鉴定人故意作虚假鉴定，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依照前款规定处罚。”《精神疾病司法鉴定暂行规定》与《刑事诉讼法》关于鉴定主体责任的规定基本相同，都比较宽泛，《关于司法鉴定管理问题的决定》的规定则要具体明确得多，而且与前二者并无矛盾之处，所以，应以后者调整我国司法精神障碍鉴定主体的责任制度为宜。对于鉴定管理者的责任制度，之前我国一直未作相关规定，直到《关于司法鉴定管理问题的决定》的出台才弥补这一立法缺陷。《关于司法鉴定管理问题的决定》第 14 条规定：“司法行政部门在鉴定人和鉴定机构的登记管理工作中，应当严格依法办事，积极推进司法鉴定的规范化、法制化。对于滥用职权、玩忽职守，造成严重后果的直接责任人员，应当追究相应的法律责任。”

通过梳理笔者发现，虽然 2005 年刚刚出台《关于司法鉴定管理问题的决定》，我国对于司法精神障碍鉴定制度的立法规定仍然是不完善的，如关于鉴定标准的规定太过宽泛，缺乏实际操作性；关于鉴定主体的法律定位不明确，缺乏对鉴定主体的安全保护的相关规定；有些规定也不尽周延和合理等等。正如有关学者所指出的，“《决定》还只能是一个我国进行司法鉴定改革的初步成果或阶段性成果，离一些司法鉴定制度比较完善的国家还有相当的差距，还需要在实践中不断摸索，不断完善。”①

（二）我国司法精神障碍鉴定制度的问题阐述

司法精神障碍鉴定是一项操作性很强的活动，由于立法的不完善，必然于司法精神障碍鉴定的过程中产生诸多的问题，对此，笔者不欲一一罗列，只选择与本案直接相关的以及案例本案自然延伸的一些重要问题进行阐述，按照司法精神障碍鉴定的程序，分别是司法精神障碍鉴定的启动权问题、双重鉴定主体问题、精神科医生充当鉴定人的问题、鉴定标准问题以及罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人的处遇问题。以下分述之：

1. 司法精神障碍鉴定的启动权问题。如前文所述，我国司法精神障碍鉴定的启动权掌握在司法机关手里，司法机关可以依职权单方主动提起司法精神障碍鉴定程序，当事人只拥有提起司法精神障碍鉴定的申请权，是否同意进行司法精神障碍鉴定，同样由司法机关决定。1996 年，全国人大对 1979 年《刑事诉讼

---

① 张玉镶：《〈决定〉的定位与进一步完善》，载《中国司法鉴定》2005 年第 3 期。

法》作了修订，目的就是变旧有的职权主义诉讼模式为当事人主义的诉讼模式，提高当事人的诉讼地位，弱化审判庭于诉讼过程中的职权，通过赋予当事人更多的诉讼权利以促进控辩双方平等地参与诉讼。但是关于司法精神障碍鉴定的启动权问题没有任何突破，仍然由司法机关掌握。笔者也同意某些学者的观点，基于我国法治环境比较薄弱，当事人的权利意识比较淡漠，诉讼功利观念相对流行，鉴定机构、鉴定人良莠不齐等客观现实，现阶段仿效英美法系国家做法将司法精神障碍鉴定的启动权交由当事人行使是不现实的，但是笔者对目前只由司法机关掌握司法精神障碍鉴定权的做法仍持批判的态度，理由来自于对现实的忧虑：我国的司法人员职业素养差强人意，司法环境也有待完善，司法人员相对容易受法律以外的因素，像民意、舆论、行政命令、物质利益的影响而滥用司法精神障碍鉴定的启动权，如有的司法人员受民意的影响，认为"杀人应该偿命"，对凶杀案中的犯罪嫌疑人怀疑有精神病时，不情愿进行司法精神障碍鉴定，使得案件久拖不绝或拒绝鉴定而迅速结案。有的司法机关没有经过法定程序的鉴定确认，自行将自认的所谓"精神病人"释放。另外，现阶段中国衡量司法人员素质的基本标准是法律知识，所以一个合格的司法人员对大多数与案件有关的待证事实可依据法律知识和常人所拥有的知识、经验加以判断，但是个人的认知能力和知识范围毕竟有限，对于与待证事实有关的专门性知识和技能我们不可能要求司法人员全部知晓。所以，由不具备相应的精神医学知识的司法人员掌握司法精神障碍鉴定的启动权往往也会产生启动权的不合理使用。如在侦查、起诉、审判等刑事诉讼诸环节中，应对犯罪嫌疑人或被告人进行司法精神障碍鉴定而没有进行，得到后一环节再行纠错，造成了司法资源的极大浪费，更有甚者得不到纠正而错判，而使无辜之人累受囹圄之患，乃至生命之丧。或者对于某些不应进行司法精神障碍鉴定的犯罪嫌疑人或被告人错误地进行鉴定，不仅造成司法资源浪费，更有可能轻纵犯罪。

2. 双重鉴定主体问题。我国司法精神障碍鉴定实行双重主体制度，即以省级人民政府指定的人民医院为鉴定机构和以省级人民政府指定的人民医院的精神科医生为鉴定人并列作为鉴定主体的制度。笔者认为由此产生的问题是不容回避的：仅以具有相应资格的医院和医院的精神科医生作为鉴定主体虽然避免了之前鉴定主体多而混乱、资质良莠不齐的无序情形，但必然造成既有司法资源的浪费。由于我国长期对鉴定主体没有实行统一管理，在司法实践中，已形成了一些非医院的司法精神障碍鉴定机构，如西南政法大学、司法部司法鉴定科学研究所设立了专门的司法精神医学鉴定机构，北京大学设立了司法鉴定室；公安机关、检察院、法院也都设立了自己的司法精神障碍鉴定组织，并形成了一批分散于各

个部门专门从事司法精神障碍鉴定的法医。将这些具有丰富的司法精神障碍鉴定知识与经验的组织和法医排除在鉴定主体之外，必然造成既有司法资源的闲置与浪费。与此同时，根据统计，我国目前由省级人民政府指定的作为司法精神障碍鉴定机构的医院不足200家，数量上远远不能满足鉴定需求，而且地区分布极不平均，各鉴定医院的工作任务不均衡现象已十分突出。

3. 精神科医生充当鉴定人的问题。精神科医生充当鉴定人有其合理性，因为司法精神障碍鉴定是一项专业性很强的工作，它需要鉴定人具备完善的精神医学知识，而这恰恰是精神科医生的强项。但是基于精神科医生的职业角色考虑也有不合理之处：精神科医生与患者达成的是医患合同，医生作为提供服务的一方必然持有为作为消费者的患者服务的观念，主观上必然会同情患者的不幸遭遇；在中国这个相对歧视精神疾病患者的社会，一般能到精神科就诊的患者都会有某些或轻或重的精神异常表现，医生本着“治病救人”的职业操守通常都会首先把前来就诊的患者看作是有病的人，再不断排除其患病的可能性，而患者为了自己的身体健康，都会如实地主诉自己的病情，患者家属为了患者的利益考虑，通常也都会配合医生客观真实地提供诊断所需的相关资料；医生的临床诊断基本要求明确患者当前的精神状态，并据此提出治疗方案，有时，可能会有一些一时难以明确诊断的患者，需要经过一段时间的随访，几个月有时甚至长达数年。但对于司法精神障碍的鉴定人，其职业要求是完全不同于精神科医生的。鉴定人的职责是严格按照法律的规定为被鉴定人出具鉴定报告，既不能偏向鉴定委托方也不能偏向被鉴定人，其必须基于法律而保持中立的立场；基于“无罪推定”原则在司法精神障碍鉴定领域的体现，鉴定人应当坚持“无病推定”的原则，即首先将被鉴定人推定为精神状况正常的人，根据鉴定规则和鉴定标准逐步认定被鉴定人罹患精神障碍的程度及刑事责任能力的实际状态；委托鉴定机关工作人员因为缺乏精神医学常识，对于被鉴定人于刑事诉讼过程中一些基于病理而产生的异常言行往往会不记录在案，而这些资料对于司法精神障碍鉴定可能是非常重要的医学依据，被鉴定人为了逃避法律的制裁，可能会故意装疯卖傻，伪装自己罹患了极其严重的精神病性精神障碍，被鉴定人的家属很可能也会捏造或隐瞒一些与被鉴定人精神状态有关的事实以求鉴定人作出有利于被鉴定人的鉴定结论；委托鉴定机关对于司法精神障碍鉴定通常都会给与一定的时限要求，因为委托鉴定机关要等着用鉴定结论结案，而我国刑事诉讼法对于诸多诉讼程序都规定了时限；司法精神障碍鉴定除了要对被鉴定人的精神状况作出精神医学诊断以外，还要求鉴定人对被鉴定人的刑事责任能力作出评价，而这就需要鉴定人掌握相当的心理学、法学知识。按照《关于司法鉴定管理问题的决定》对鉴定人的资质要求，只有资深

的精神科医生才能担任鉴定人，这就产生了一个悖论，越资深的精神科医生掌握的精神医学知识就越完备，就越能称职的完成对被鉴定人是否罹患精神障碍的医学诊断，但与此同时，越资深的精神科医生就会有越强烈的职业角色意识，思维与行为模式就会越受其精神科医生身份的影响，因而就可能先入为主地认为被鉴定人可能罹患某种精神障碍，会下意识地同情被鉴定人可能被追究刑事责任的不幸遭遇，会不加选择的接受任何人提供的鉴定资料，在时间紧、任务重、而自身又不具备相应的心理学、法学知识的情况下作出鉴定结论，试想，这样的鉴定结论如何能够保证其科学性与准确性呢？

4. 鉴定标准问题。司法精神障碍的鉴定标准问题包括两个方面，即精神障碍的医学诊断标准和刑事责任能力评定的法学标准，如前文所述，对于精神障碍的医学诊断标准我国立法未见规定，对于刑事责任能力评定的法学标准虽然《刑法》有所规定，但太过原则，无法操作。但在司法精神障碍鉴定中，统一鉴定标准的必要性不言而喻，无论是保证鉴定质量还是诉讼过程中司法鉴定书的质证和认证，以及出庭作证都居头等重要地位。① 但是，在司法精神障碍鉴定的现实中，由于缺乏统一的精神障碍医学诊断标准，鉴定人只能从自己对相关知识的理解为依据进行鉴定，学术理解的不同就会产生对同一个案例相异的鉴定结论，如因为“对精神损伤、反应性精神障碍等概念的理解不同②，”对“迷信巫术所致精神障碍与邪教皈依者行为的性质分不清，对精神发育迟滞者性自卫能力等级的评定及对一些疾病（如单纯醉酒与病理性醉酒、生理激情与病理性激情等）的诊断标准掌握的宽严不一”③ 等原因已经引起了司法精神医学界对于某些个案鉴定结论的激烈争论。由于缺乏统一实用的刑事责任能力评定的法学标准，司法精神医学学者不得不自行摸索可行的标准模式，如 20 世纪 80 年代后期，田祖恩提出了著名的动机论的观点。他认为，在刑事责任能力的司法精神医学鉴定中，精神病患者的作案动机应作为评定其责任能力的重要指标。④ 随着犯罪学、犯罪心理学的发展，更多的学者提出了多因素的刑事责任能力判断标准量表。如山东省精神卫生中心⑤研究的以辨认能力的判别因子（包括：作案动机、幻觉妄想等体

---

① 参见郑瞻培：《司法精神病鉴定的诊断》，载《上海精神医学》2006 年第 18 卷增刊。

② 贾谊诚、马云峰：《应激性/反应性/心因性/适应性精神障碍的司法鉴定的诊断分类问题》，载《上海精神医学》2003 年第 4 期。

③ 刘小林、刘杰：《司法精神病鉴定中不同结论的原因及对策探讨》，载《中华医学杂志》2005 年第 1 期。

④ 参见田祖恩等：《精神病人的犯罪动机》，载《中华神经精神科学杂志》1998 年第 3 期。

⑤ 参见满昌华等：《司法鉴定中精神疾病患者责任能力的多因素分析》，载《中国行为医学科学》2002 年第 4 期。

验、病情状态、情感高涨、癫痫及异常状态、智能状况、作案类型）和控制能力的判别因子（具体因子名称同辨认能力的判别因子）为内容的刑事责任能力判断量表，四川大学法医精神病学教研室[①]提出的以作案动机、作案前先兆、作案诱因、时间选择、地点选择、对象选择、工具的选择、案后反侦查、伪装、生活自理能力损害、工作学习能力、自知力等犯罪学特征因素为内容的刑事责任能力判断量表，中南大学湘雅医学院附属二院精神卫生研究所[②]发表的以现实动机、作案前先兆、作案的诱因、作案时间选择性、作案地点选择性、作案对象选择性、作案工具选择性、作案时情绪反应、作案后逃避责任、对事实掩盖、有伪装、罪错性认识、作案后果正确估计、生活自理能力损害、工作学习能力损害、自知力损害、现实检验能力损害、自我控制能力损害等犯罪学因素与犯罪心理学因素为内容的刑事责任能力判断量表，司法部司法鉴定科学技术研究所[③]制定的以作案现实动机、作案工具选择性、作案地点选择性、作案对象选择性、作案时间选择性、作案后逃避责任、审讯或检查时掩盖犯罪事实、审讯或检查时伪装、对作案行为的罪错性认识、对作案后果的正确估计、生活自理能力损害、工作或学习能力损害、自知力损害、现实检验能力损害、自我控制能力损害等犯罪学因素与犯罪心理学因素为内容的刑事责任能力判断量表。如此诸多刑事责任能力量表的制定与发布必然会使司法精神医学界受其影响而造成诸多刑事责任能力判断标准流行的情况，试问如何保证刑事责任能力判断的科学性与鉴定结论的统一性呢?

5. 罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人的处遇问题。被鉴定人如罹患精神障碍而被鉴定为无刑事责任能力人，那么就不应该承担刑事责任，但是其实施的危害行为是实在的，从客观上确实具有社会危害性，所以《刑法》第18条第1款规定："精神病人在不能辨认或者控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。"法律之所以对于罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人规定一定的医疗措施，一方面是防止其继续危害社会，另一方面行为人本身也是精神疾病的受害者，应该尽力将其治愈而复归社会，以体现刑法的人道主义。但是现实情况中，由于全国安康医院数量少，床位少，不少精神障碍人没有工作单位，有的家庭经济困难，不能落实住院

① 参见顾艳、江明君等：《部分刑事责任能力精神病违法者的犯罪学特征及其相关分析》，载《上海精神医学》2006年第18卷增刊。

② 参见唐全胜、王小平：《精神病人刑事责任能力的多因素判别分析》，载《中国临床心理学杂志》2007年第1期。

③ 蔡伟雄、黄富银等：《精神病人刑事责任能力影响因素研究》，载《法医学杂志》2002年第4期。

费用，而安康医院实际上也是自负盈亏的非公益机构，造成一些精神障碍人结案后没有及时得到医治，甚至无人看管，有的再次肇事肇祸而危害社会，使更多的无辜公民遭受不幸，这不能不说是我国司法精神障碍鉴定后续制度欠缺的悲哀。

（三）邱兴华案反映出来的司法精神障碍鉴定制度相关问题探讨

具体到邱兴华故意杀人、抢劫一案，首先是司法精神障碍鉴定启动权的问题，司法精神障碍鉴定没有启动，其他可能出现的后续程序问题也就不复存在了。至于本案的二审法院合议庭拒绝启动对被告人邱兴华进行司法精神障碍鉴定程序的真实原因，笔者不敢妄自揣测，但从诉讼的进程中也能寻得一丝端倪。陕西省高级人民法院将二审程序和死刑复核程序合二为一，将二审终审裁定和死刑复核裁定一并作出，2006 年 12 月 28 日上午 9 时 41 分宣判结束。9 时 50 分，经验明正身，邱兴华被押赴刑场。9 时 57 分邱兴华被执行枪决。从宣判结束到邱兴华被执行枪决，前后不过 17 分钟。虽然司法实践中高级人民法院将二审程序和死刑复核程序一并进行已经是比较普遍的现象，但宣判后仅仅经过 17 分钟就将犯罪人枪决还是比较罕见的，为何二审法院对于此案的处理如此匆忙呢？为什么二审法院“能够”如此匆忙呢？笔者认为，一方面，在二审程序之前，关于是否应该对于邱兴华进行司法精神障碍鉴定的讨论已经在全国范围内进行得如火如荼。部分学者反对对邱兴华进行司法精神障碍鉴定，认为邱兴华具有完全的刑事责任能力，但这部分学者比例很小，且缺乏司法精神医学界的支持，如中国人民公安大学犯罪心理学教授李玫瑾发表的认为不应当对邱兴华进行司法精神障碍鉴定的观点就遭到了部分司法精神医学学者的强烈驳斥，理由是李玫瑾研究的是犯罪心理学，不具备司法精神医学知识。而司法精神医学界的数位权威人物都主张对邱兴华进行司法精神障碍鉴定，在中国目前司法精神障碍鉴定缺乏统一鉴定标准的情况下，如果进行鉴定，具体的鉴定人难免不受权威专家的影响而倾向于将邱兴华推定为精神障碍人。另外，一部分反对意见承认邱兴华很可能有精神障碍，但如果对其进行精神障碍鉴定并得出其不具有刑事责任能力的结论，由于我国对罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人的处遇制度的不完善，如何保证具有客观的巨大社会危害性的邱兴华不再肇事肇祸？有更多的反对意见完全是从邱兴华所造成的巨大危害后果为出发点的，致 11 人死亡、2 人重伤的“杀人恶魔”仅仅可能因为一纸司法精神障碍鉴定结论就被无罪释放，如何体现法律的公平、公正？另一方面，2007 年 1 月 1 日起，原来由最高人民法院赋予高级人民法院的行使的对于某些死刑案件的复核权将被最高人民法院收回，本案二审审结时间是在 2006 年 12 月 28 日，离 2007 年 1 月 1 日只差 3 天。如果二审合议庭允许对被告人邱兴华进行司法精神障碍鉴定，审结日期很可能延至 2007 年之后，

按照新规定，对于此案的死刑复核权就要由最高人民法院行使了，也许最终的审判结果就会截然不同了。

可见，二审法院之所以不同意对邱兴华进行司法精神障碍鉴定，主要是担心会得出邱兴华是无刑事责任能力的精神障碍人的鉴定结论。邱兴华一夜之间连杀10人，先向每人头部各砍数刀，又用斧头砸向每人头部，而这10个无辜之人中尚有一名孩童。随后，他还将一个死者的眼球、心肺、脚筋挖出，炒熟喂狗。逃亡中，他又将一名好心帮助他的人砍杀。当他被捕时，群众拍手称快，甚至燃放鞭炮庆祝。对于这样一个滥杀无辜、手段极其残忍的"杀人狂"，如果鉴定后得出邱兴华是完全刑事责任能力人的鉴定结论，二审法院可以毫无争议地判处邱兴华死刑，既使罪犯得到了应有的惩处，又会得到民意的支持，岂不一举两得。但如果邱兴华被鉴定为无刑事责任能力的精神障碍人，他肯定会被判处无罪，不仅不会被判处死刑，甚至会被当庭释放；如果被鉴定为限制刑事责任能力的精神障碍人，按照我国"少杀、限杀、慎杀"的刑事政策，邱兴华也不应该被判处死刑；即使被鉴定为完全刑事责任能力人，根据邱兴华在审判过程中的种种异常表现，他也很可能被鉴定为无受审能力或无服刑能力，虽然能够定罪，但所判刑罚一样无法落实。在这样的情况下，面对汹汹如潮的民愤，如果二审法院不判处邱兴华死刑，真的是不知如何自处。二审法院拒绝对邱兴华作司法精神障碍鉴定并迅速对邱兴华执行死刑，无非是想尽早给社会一个交待。站在一个普通人的角度，笔者能够理解二审法院的做法，但作为一个学习法律的法律人，笔者认为二审法院的做法实在是有欠妥当。在现代社会，刑事法律的宗旨不仅仅在于打击犯罪，保卫人民，对犯罪嫌疑人，乃至犯罪人的合法权利保障实乃应有之义。而这种人权保障功能主要通过法律规定的正当程序加以保证和实现。民意可以非理性，但司法机关作为法律的适用者必须理性地严格依照法定程序办案，唯有如此，才能保证我国法制建设沿着正确的轨道前行。而对邱兴华在审判前实施司法精神障碍鉴定，正是保障犯人合法权益的体现，也是对我国正当司法程序的有力维护。法院判案不能只考虑社会压力而忽略公平的原则，二审法院拒绝为邱兴华作司法精神障碍鉴定，实质上是对被告人邱兴华合法权益的剥夺。

而正是司法精神障碍鉴定制度的不足，如司法机关独享司法精神障碍鉴定的启动权，鉴定标准不统一、对罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人的处遇不到位等问题的存在，才为二审法院的异常诉讼过程提供了便利条件。可以说，司法精神障碍鉴定制度诸缺陷所造成的不良后果于邱兴华案中放大到了极致。毫无疑问，在司法精神障碍鉴定制度不完善的法制环境中，邱兴华故意杀人、抢劫案只是一个典型的表现，还有更多的个案因为缺少舆论的关注而游离于

公众的视野之外。2005 年《关于司法鉴定管理问题的决定》的出台只是一个开始，进一步系统地完善我国的司法精神障碍鉴定制度已势在必行。

（四）关于完善我国司法精神障碍鉴定制度的建言

有的学者认为，完善我国司法精神障碍鉴定制度从根本上唯一有效的方法就是制定一部统一的《司法鉴定法》或《司法精神障碍鉴定法》。对此，笔者不能苟同，诚然，完备的法制当然是司法精神障碍鉴定得以正常运作的制度保障，作为科学性与合法性统一的司法活动，有良法可依是保证司法精神障碍鉴定程序的公信力与鉴定结论的科学性的基础，法律完备是重要的，如何保证完备的制度得到有效的贯彻、实施、遵守同样也是重要的，一部仅仅存放于档案馆、图书馆、资料馆里面的好法律，又有什么实际意义呢？还不如一部千疮百孔，但或多或少起到一定作用的“破法”来得实在。可见，立法完善手段与司法、执法、守法完善举措缺一不可，二者不可偏废。

司法精神障碍鉴定的每一道步骤都离不开人的参与，委托鉴定机关、鉴定机构与鉴定人、被鉴定人、被鉴定人的家属，安康医院的工作人员等等，他们都是司法精神障碍鉴定具体制度产生的权利的享有者和义务的承担者，所以，完善我国司法精神障碍鉴定制度，必须符合人性的需求，不论是立法手段还是非立法手段都必须以人性为出发点才能落到实处。例如，我国的安康医院虽然名义上是事业单位，经费应该享受公共财政的拨款，但是随着经济体制改革的深化，安康医院早已是自负盈亏的经营实体，经济效益而非社会效益才是它们考虑的首要问题，但罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人很多都是没有工作、生活困难，根本无力负担一个月高达数千元的治疗费用，安置他们在安康医院必然面临着巨大的经济压力，在不能保证政府足额拨款的情况下，无论是通过立法方式还是非立法方式强制安康医院无偿收治都必然面临强烈的反对，不能公然违反，就阳奉阴违，私下降低医疗服务水准和生活待遇，甚至对这部分患者不管不顾，不仅达不到治疗病患的目的，甚至有可能因为疏于管理而造成危害社会行为的再次发生。这种只针对目前存在的客观问题而忽视以人性为代表的其他社会因素的司法改革建议简直就是荒唐的，不仅达不到完善司法精神障碍鉴定制度的目的，甚至从本质上就违背了法律的初衷。

基于以上考虑，笔者拟粗浅地谈一下对于完善我国司法精神障碍鉴定制度的个人意见：

1. 司法精神障碍鉴定启动权只由司法机关掌握很可能构成对当事人诉权的限制，肯定是不合理的，但单纯地照搬英美法系国家的做法而允许刑事诉讼当事人启动司法精神障碍鉴定程序，考虑到我国法制环境有待改善的方方面面，笔者

认为也是不可行的。博取大陆法系和英美法系关于司法精神障碍鉴定制度的合理规定，结合我国的具体国情，笔者认为适当限制司法机关司法精神障碍鉴定启动权，增加诉讼当事人提起司法精神障碍鉴定的申请权重是比较合理的，比如允许适格的司法精神障碍鉴定人在诉讼当事人申请司法精神障碍鉴定之前向其出具初步鉴定报告或者鉴定建议函，如果适格的司法精神障碍鉴定人经过初步评定出具相关认可进行司法精神障碍鉴定的意见，司法机关则不得拒绝诉讼当事人的鉴定申请，其它情况下仍然由司法机关完全掌握鉴定启动权。当然，为了避免诉讼当事人滥用权利，对于这部分具有出具鉴定意见权利的司法精神障碍鉴定人的资格必须通过法律加以规定，并由司法行政主管机关严加管理和审查。

2. 鉴于目前我国一方面司法精神障碍鉴定主体资源严重不足，而另一方面大量既有的社会资源又严重浪费的情况，笔者认为首先应当在保证鉴定质量的情况下，增加省级人民政府指定作为鉴定机构的医院的数量，加大精神科医生的培养规模和加快精神科医生的培养速度；同时，对于既有的社会资源，法律之所以把它们摒弃在司法精神障碍鉴定主体之外，无非是因为他们有些隶属于司法机关，独立性无法保证，有些鉴定知识不合格，致使鉴定结论科学性无法保证，但也不能因此矫枉过正，建议对于那些地位独立、具有完备精神医学知识的机构（如高等院校、科研机构）或个人（如专家学者、科研人员、部分法医）应当赋予他们司法精神障碍鉴定的主体资格。

3. 司法实践证明，一个称职的精神科医生未必是一个合格的司法精神障碍鉴定人，所以应该充分利用有资历的长期从事司法精神障碍鉴定的精神科医生的丰富经验，以老带新，以强化后来者的司法鉴定职业角色意识和提高他们的司法鉴定知识，同时，完善立法对于鉴定人的责任规定，进一步加强对鉴定人的监督管理，强化鉴定人的责任意识。

4. 对于我国司法精神障碍鉴定缺乏统一标准的问题，我国司法精神医学界也是忧心忡忡，并为建立统一的鉴定标准作出了不懈的努力。目前已经建立了某些部门标准和操作规范，并且于 2005 年召开的第九届全国司法精神病学术会议上通过了两份关于鉴定标准的规范化文件：《精神疾病司法鉴定操作规范》、《刑事责任能力评定提纲》。但是这些标准或规范要么是个别部门内部使用的，不具有统一性，要么就是学术意见，不具有法律强制力，根本无法满足统一司法精神障碍鉴定标准的要求。所以，笔者急切呼吁尽快以立法的形式建立全国统一的司法鉴定标准体系。同时，应当设立一个国家层面的技术标准管理委员会，以指导和监督全国范围内的鉴定主体严格执行统一的鉴定标准。

5. 针对罹患精神障碍而不具有刑事责任能力的被鉴定人的处遇问题，笔者

认为首要措施是加大公共财政的拨款力度，对于因经济困难而无法负担医疗费用的精神障碍人实行免费的医疗处遇，不但体现了国家对于弱势群体的人道关怀，也具有避免精神障碍人再度危害社会的实际意义。与此同时，增加安康医院的数量，尤其是边远落后地区，以保证精神障碍人都能得到妥善的安置。

七、结语

本文结合邱兴华故意杀人、抢劫一案对我国实施危害行为的精神障碍人的刑事规范制度进行了学理上的探讨。从实体层面来看，我国刑法关于“精神病”的概念表述已经丧失了其存在的理论基础与实然根据，笔者建议应以精神医学中的“精神障碍”代替，并通过立法解释或司法解释的方式对“精神障碍”的外延作出明确的界定。基于对刑事责任能力与其受审能力的区别厘定，结合精神障碍与刑事责任能力关系的理论分析，笔者认为，邱兴华可能罹患精神障碍的事实是确定的，本案二审法院拒绝对邱兴华进行司法精神障碍鉴定的理由缺乏法律根据；从程序层面来看，我国司法精神障碍鉴定制度的种种缺陷与漏洞为二审法院争议判决的作出提供了一定的便利条件，由此反映出我国司法精神障碍鉴定制度亟待完善，笔者经过思考，对此提出立法建言与司法、执法、守法举措意见。

行文至此，已至收尾阶段。虽然对于自己提出的两个问题进行了一定的探讨，但有关结论只是笔者研究的一点心得，刑事法学中的精神障碍相关问题的研究任重道远，其理论博大精深，如何挖掘该理论并完善其制度需要广大学者共同努力。本文只是笔者对这一问题进行尝试性的探索，以期将该理论的研究推向深入。

（撰稿人　原军*）

* 沈阳刑警学院教师、法学硕士

附录：

陕西省安康市中级人民法院刑事判决书

（2006）安中刑初字第 43 号

公诉机关：陕西省安康市人民检察院

被告人邱兴华，男，出生于 1959 年 1 月 1 日，汉族，初中文化程度，陕西省石泉县人，户籍所在地石泉县后柳镇一心村二组，案发前租住陕西省汉中市佛坪县大河坝乡五四村三组，农民。2006 年 8 月 20 日因涉嫌故意杀人罪被陕西省汉阴县公安局刑事拘留，同月 29 日经汉阴县人民检察院批准，由汉阴县公安局执行逮捕，现羁押于汉阴县公安局看守所。

辩护人张勇、周正军，陕西理衡律师事务所律师。

陕西省安康市人民检察院以安检刑诉字（2006）第 40 号起诉书指控被告人邱兴华犯故意杀人罪、抢劫罪，于 2006 年 9 月 30 日向本院提起公诉。在诉讼过程中，被害人家属韩传鹏、陈洪巧、蒋定秀、熊辉佑、罗德福向本院提起附带民事诉讼。依照法律规定，附带民事诉讼部分另行审理。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。安康市人民检察院指派副检察长李德才、检察员杨小明依法出庭支持公诉。被告人邱兴华及其辩护人张勇、周正军均到庭参加诉讼。现已审理终结。

陕西省安康市人民检察院指控：2006 年 6 月 18 日至 7 月 2 日被告人邱兴华与其妻何冉凤先后两次到汉阴县铁瓦殿道观抽签还愿。其间，因邱兴华擅自移动道观内两块石碑而与道观管理人员宋道成发生争执。加之邱兴华认为道观主持熊万成有调戏其妻的行为，由此心生愤怒，遂产生杀人灭庙之恶念。2006 年 7 月 14 日（农历 6 月 19 日），被告人赶到铁瓦殿，见道观内主持熊万成及其他人员宋道成、王保堂、陈世秀、程仕斌和另外五个香客吴大地、熊辉寿、韩扬富、罗朝新、罗土生（12 岁）等人都在火炉房烤火，便从道观柴堆处拿了一把砍柴用的弯刀放在道观内自己以前睡觉的地方。当日深夜，被告人邱兴华趁道观内诸人熟睡之机，拿起弯刀到各寝室依次向管理人员熊万成、宋道成、王保堂、陈世秀、

程仕斌和香客吴大地、熊辉寿、韩扬富、罗朝新、罗土生等头部各砍数刀，随后，被告人邱兴华又找来斧头，再次向每人头部砍击，致其十人全部死亡。尔后，被告人邱兴华又将熊万成的眼球、心肺、脚筋挖出，炒熟喂狗。次日天亮后，被告人邱兴华从熊万成的房内搜出一黑色帆布包，将里面的零钱清点，在一笔记本上写下："今借到各位精仙的现金柒百贰拾元贰角正，借款人：邱金发"的字条后将钱拿走。随后又将道观内一只白公鸡杀掉，用鸡血在一硬纸板上写到："古仙地 不淫乱 违者杀 公元06"和背面"圣不许 将＊夫淫婆以〇六年六二十晚"的字样，放在正殿门口，然后将易燃物牛毛毡和柴抱到陈世秀的寝室，将作案工具弯刀、斧头等物放入火炉及柴堆上，放火燃烧后逃离现场。

被告人邱兴华杀人后于2006年7月20日晚从安康乘火车逃至湖北省随州市曾都区万福店农场一带，因其身上无钱，遂产生抢劫之恶念。7月30日晚11时许，被告人邱兴华窜至万福店武安（武汉至安康）铁路复线施工工地一临时工棚内，见棚内有人，便持一把铁铲劈向照看工地材料的周建平，周建平见状躲避，背部被铁铲划伤。被告人邱兴华在工棚内将一黑色旅行包抢走，因包内无钱，遂将包丢弃。

2006年7月31日上午，被告人邱兴华又窜至随州市曾都区万福店农场魏岗村二组村民魏义凯家，以帮魏义凯家补盆子和合伙做干鱼生意为名，骗取魏的信任，并在其家用餐。其间发现魏义凯家有钱。当日下午，被告人邱兴华再次来到魏义凯家，吃完晚饭后趁其家人休息之机，用斧头和弯刀向魏之妻徐开秀、魏义凯、魏之女魏金梅的头部连砍数刀，将3人砍伤后，抢得现金1 302元及雨伞、手提灯等物，后逃离现场。8月1日凌晨，被告人邱兴华乘K357次列车返回安康。2006年8月19日被告人邱兴华潜逃回家时被公安机关抓获归案。魏义凯因抢救无效，于2006年9月9日死亡，徐开秀、魏金梅经鉴定系重伤。

为了证明上述指控，公诉机关提供了相应的证据。公诉机关认为被告人邱兴华杀死十人后潜逃，在潜逃期间，使用暴力，抢劫财物，致1人死亡、2人重伤，应当以故意杀人罪和抢劫罪追究其刑事责任。

被告人邱兴华辩称：熊万成有调戏其妻何冉凤的不检行为；铁瓦殿内管理不严，是其杀人犯罪的诱因；其对犯抢劫罪一节有自首情节。

被告人邱兴华的辩护人对公诉机关指控被告人邱兴华犯故意杀人罪和抢劫罪的事实和证据无异议，但认为被告人邱兴华在故意杀人罪中有良好的认罪态度，具有酌定的从轻处罚情节；被告人邱兴华就抢劫罪一节构成自首，对抢劫罪具有法定的从轻处罚情节。

经审理查明：2006年6月18日至7月2日被告人邱兴华因为怀疑其女儿不

是其亲生，遂与其妻何冉凤两次到陕西省汉阴县铁瓦殿抽签求卦，并留宿殿内。在此期间，因邱兴华私自移动殿内两块石碑与殿内管理人员宋道成发生争执。且邱兴华怀疑殿内主持熊万成有调戏何冉凤的行为，遂对熊万成和铁瓦殿心怀怨恨，产生杀人灭殿之恶念。2006 年 7 月 14 日（农历 6 月 19 日），被告人邱兴华乘铁瓦殿内举行观音会，殿内的管理人员均留在殿内之机，于当晚赶到铁瓦殿。乘主持熊万成等 5 名殿内管理人员和吴大地等五名香客在火炉房烤火之机，从厨房柴堆处拿了一把砍柴用的弯刀，放在自己曾睡觉的男香客房床下。当日深夜，被告人邱兴华等 10 人熟睡后，持事先准备的弯刀到各寝室，依次向管理人员熊万成、宋道成、王保堂、陈世秀、程仕斌和香客吴大地、熊辉寿、韩扬富、罗朝新、罗土生（12 岁）的头部各砍数刀。随后，被告人邱兴华又找来斧头，再次向每人头部砍击，致 10 人全部死亡。尔后，被告人邱兴华又将熊万成的眼球、心肺、脚筋剜出，将心肺烹炒。次日天亮后，被告人邱兴华从熊万成的房内搜出一黑色帆布包，将里面的钱清点。在一笔记本的末页上写下署名为“邱金发”的借据，后将 722.2 元钱拿走。又将道观内一只白公鸡杀掉，用食指蘸鸡血在一硬纸板的两面分别写到：“古仙地 不淫乱 违者杀 公元 06”、“圣不许将 * 夫淫婆以〇六年六二十晚”的字样，放在正殿门口。然后将牛毛毡和柴等易燃物抱进厨房旁边陈世秀的寝室，将杀人工具弯刀、斧头及小刀等物放在柴堆上，放火燃烧。被告人邱兴华于 7 月 15 日晚上 7 时许逃离铁瓦殿。

上述事实有公诉人分别宣读和出示的下列证据予以证实：

1. 证明案件来源的证据

（1）证人兰本华系汉阴县林护局护林员，其证实，7 月 15 日晚上约 10 点钟，他发现铁瓦殿方向着火后就给林场报告。第二天早上约 6 点钟组织人救火，10 点钟到达着火处，1 个小时后将火扑灭。因为口渴，他们到铁瓦殿内找水喝。喊门但无人应答。进殿后发现厨房有火烧痕迹，在殿内的房间里发现了四具尸体。于是立即给林场打电话报案。

（2）证人兰宗根系汉阴县平梁镇西岭村一组村民、证人丁仕伟系凤凰山林场场长，此二人证实的情况和证人兰本华证实的一致。

2. 证明在铁瓦殿发现 10 具尸体和遗留物以及死者死亡身份和死亡原因的证据

（1）现场勘查笔录证实，发案现场位于汉阴县平梁镇五爱村凤凰山顶铁瓦殿道观，在铁瓦殿内发现 10 具尸体，在正殿门前的台阶上发现写有“古仙地不淫乱违者杀公元 06 圣不许”、“将 * 夫淫婆以〇六年六二十晚”字样的硬纸板，正殿前的空地上发现一末页写有署名为“邱金发”借据的塑皮笔记本等情况。

（2）辨认尸体笔录，证实被害人的亲属和证人廖德生从铁瓦殿内的10具尸体中分别辨认出10名被害人系熊万成、宋道成、王保堂、陈世秀、程仕斌和香客吴大地、熊辉寿、韩扬富、罗朝新、罗土生。

（3）10名被害人的户籍证明，证实被害人的身份和死亡年龄。

（4）尸检报告证实被害人死亡原因以及致死凶器。

①汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）45号证实，死者熊辉寿右额部、枕部有4处长10cm左右深达颅内脑组织的砍创，其死亡原因为重度开放性颅脑损伤致脑功能障碍。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击形成。结论：熊辉寿系被他人持锐器砍击头部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

②汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）46号证实，死者陈世秀头部5处砍创符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击形成；其右颞顶部二处头皮挫裂伤符合钝器打击形成。结论：陈世秀系他人用锐器砍击头面部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

③汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）47号证实，死者程仕斌头面部有6处砍创，深达颅内脑组织，其死因为重度开放性颅脑损伤、脑组织功能障碍。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击形成。结论：程仕斌系被他人持锐器砍击头部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

④汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）48号证实，死者韩扬富头面部有多处数量不等、长10cm左右深达颅内脑组织的砍创，其死因为重度开放性颅脑损伤致脑组织功能障碍。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击所致。结论：韩扬富系被他人持锐器砍击头部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

⑤汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）49号证实，死者吴大地头面部有4处砍切创，深达颅内，其死亡原因为重度开放性颅脑损伤致脑功能障碍。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击形成。结论：吴大地系被他人持锐器砍击头部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

⑥汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）50号证实，死者王保堂头面部有6处砍创，深达颅内，其死因为重度开放性颅脑损伤致脑功能障碍；其双上肢多处非致命性损伤，符合抵抗时形成。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击形成。结论：王保堂系被他人持锐器

砍击头面部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

⑦汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）51号证实，死者熊万成头面部有多处砍伤，深达颅内，剥开其胸腹腔、剜除其左眼球、切割其足底软组织均在其死后完成。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击所致；剥开其胸腹腔的工具为金属锐器；剜除其左眼球的工具为一小刀。结论：熊万成系被他人持锐器砍击头面部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

⑧汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）52号证实，死者宋道成头面部有多处长10cm左右砍创，深达颅内脑组织，其死因为重度开放性颅脑损伤致脑功能障碍，其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的金属锐器砍击形成。结论：宋道成系被他人持锐器砍击头面部致重度开放性颅脑损伤、脑功能障碍死亡。

⑨汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）53号证实，死者罗朝兴面部两处挫裂伤，颜面部塌陷变形，枕部有8处砍创、深达颅内脑组织，全颅崩裂，脑组织广泛挫碎出血，为重度颅脑损伤脑功能障碍死亡。其伤符合刃长10cm左右或以上、有一定重量和厚度且易挥动的铁质锐器砍击形成；面部挫裂伤周围伴有表皮剥脱的方形皮下出血，斧背可以形成。结论：罗朝兴系被他人持斧类器具砍击头部致重度开放性颅脑损伤、脑功能障碍死亡。

⑩汉阴县公安局刑事科学技术法医鉴定书（2006）54号证实，死者罗土生右颞部、额部有两处砍创，深达颅内，硬脑膜破裂，右颞叶脑挫伤，其伤符合刃长12.5cm以上、有一定重量且易挥动的铁质锐器砍击形成。结论：罗土生系被他人持锐器砍击头部致重度开放性颅脑损伤脑功能障碍死亡。

3. 证明现场遗留烟头系邱兴华所留以及硬纸板和塑皮笔记本内的借据为邱兴华书写的证据

（1）陕西省公安厅公（陕）鉴（法医）字（2006）442号鉴定书证实，铁瓦殿内案板东侧地面烟头、灶台南侧地面烟头、男道士宿舍前地面烟头非10名死者所留。

（2）陕西省公安厅公（陕）鉴（法医）字（2006）443号鉴定书证实，案发现场遗留的烟头检测结果与邱兴华之妻、之子、之女进行DNA亲子鉴定，证实为邱兴华所留。

（3）陕西省公安厅公（陕）鉴（法医）字（2006）457号鉴定书证实，邱兴华血样、唾液斑与案板东侧地面烟头基因分型结果一致。

（4）陕西省公安厅公（陕）鉴（文检）字（2006）456号文件检验鉴定书证

实，从案件现场提取的硬纸板其中正、反面写有“古仙地、不淫乱、违者杀、公元06、圣不许、将＊夫淫婆以、〇六年六二十晚”字样，和从案件现场提取的末页有署名为“邱金发”的借据的塑皮笔记本，与被告人邱兴华的样本笔迹进行比较检验，根据书写水平、文字布局、笔顺、错别字、笔划搭配、运笔、起收笔位置、阿拉伯数字的写法和日期落款等方面特征反映系被告人邱兴华书写。

（5）公安部公物鉴字（2006）3958号物证检验报告证实，现场提取的留言板上可疑血迹不是人血。

4. 证明邱兴华有作案动机和作案时间的证人证言

（1）证人廖德生系汉阴县平梁镇五爱村党支部书记，负责铁瓦殿内的治安，其证实，7月14日（农历6月19日）观音会是每年铁瓦殿上人最多的时候，他忙完后当天下午5时30分离开铁瓦殿。当时殿里的工作人员有五个，熊万成系殿上总管，宋道成、王保堂是内当家，陈世秀负责做饭，程仕斌负责运送东西，还有几个香客。晚上7点左右走到“懒板凳”（小地名）时遇到一个姓邱的人牵了一条狗。他问邱到哪去，邱说上铁瓦殿。姓邱的人7月1日（农历6月6日）曾和一妇女上殿烧香。此证言证实邱兴华于7月14日下午在上铁瓦殿的路上。

（2）证人阮英莲系被告人邱兴华的岳母。其证实邱兴华7月13日晚牵了一条狗到她家，吃过饭后睡在她家，半夜她起来见门开着，不见邱兴华。此证言证实邱兴华于7月13日离开岳母家。

（3）证人何冉凤系被告人邱兴华的妻子，其证实她与邱兴华曾于6月18日和7月2日两次上铁瓦殿。第一次上铁瓦殿是因为邱兴华怀疑女儿不是他亲生的。第二次上铁瓦殿时因为移动殿内的石碑与宋道成发生争吵。二人从铁瓦殿到李如衣家时，邱兴华流露杀人语言。并否认熊万成对她有不轨行为。

（4）证人李如衣系被告人邱兴华表兄、证人李相福系证人李如衣的儿子，此二人证言证实在李如衣家邱兴华叙述因为移动铁瓦殿石碑与殿上的人发生争执，邱兴华并流露要杀殿内的人的语言。与何冉凤关于此节的证言内容一致。

（5）证人李昌莲系汉阴县平梁镇五爱村村民，其证实邱兴华和何冉凤于2006年6月18日至7月2日两次到铁瓦殿抽签求卦。与何冉凤关于此节的证言内容一致。

（6）证人成章伟、袁涛系平梁中学学生，证实7月15日早9点多他们和同学到达铁瓦殿，见大门从内顶着，敲门无人应答。玩了两个多小时再敲门，仍无人应答，他们随后下山。

5. 物证

（1）公诉人当庭出示的黑色帆布包、装有食糖的塑料袋、红色印泥、手电

筒、钥匙、泡沫印油盒、银色钢笔、三个多用灯头、未启封的四把竹筷、银色灯泡褐色女式短大衣，经邱兴华当庭辨认系其杀人后从铁瓦殿上拿走、后又丢弃在石泉县后柳镇老家屋后的承包地中的物品。

（2）公诉人当庭出示的没有手柄的砍柴弯刀、斧头经被告人邱兴华当庭辨认系其在铁瓦殿内杀死 10 人时使用的工具，带折叠的水果刀、菜刀是其挑剜、切割死者熊万成眼球、心、肺、脚筋时使用的工具。

6. 书证

（1）公诉人当庭出示的一本塑皮笔记本，在日记本的末页上写有署名为“邱金发”的借据，经邱兴华辨认系其于 7 月 14 日杀人后书写，并放置在铁瓦殿前空地上。

（2）公诉人当庭出示的书写有“古仙地、不淫乱、违者杀、公元 06、圣不许、将＊夫淫婆以、〇六年六二十晚”字样的硬纸板，经邱兴华辨认系其于 7 月 14 日杀人后用鸡血书写并放置在铁瓦殿正殿前台阶上。

二、2006 年 7 月 30 日晚 11 时许，在湖北省随州市曾都区万福店农场，武汉至安康铁路复线施工地一临时工棚内，被告人邱兴华持一把铁铲劈向照看工地材料的周建平，周建平见状躲避，背部被铁铲划伤。被告人邱兴华将棚内的一黑色旅行包抢走。因包内无钱，遂将包丢弃在路边棉花地里。

上述事实有公诉人分别宣读和出示的下列证据予以证明：

1. 被害人周建平系湖北省随州市曾都区万店镇槐东村八组人，其陈述，2006 年 7 月 30 日晚上 11 点钟左右，他在万福店工地的工棚内照看材料时，一个年约 50 岁，身高在 1.65 米左右的陌生男子走进工棚，该男子持工棚内的一把铁铲将他后背划了一条红印。他跑到杨代兵处求救，后随杨返回工棚时，不见该男子。棚内的黑色旅行包不见，包内有建行卡一张、存折一份、两本笔记本、充电器、圆珠笔等物。

2. 证人杨代兵系被害人周建平的同村村民，其证言证实的情况和被害人周建平陈述的一致。

三、2006 年 7 月 31 日上午，被告人邱兴华逃至随州市万福店农场魏岗村二组村民魏义凯家，以帮魏义凯补盆和合伙做干鱼生意为名，骗得魏的信任。后在其家用餐时，发现魏家有钱。当日下午，被告人邱兴华再次来到魏家，吃完晚饭后趁其魏义凯、徐开秀夫妇和女儿魏金梅休息之机，用斧头和弯刀向三人的头部连砍数下。将三人砍伤后，抢得现金 1 302 元及雨伞、手提灯，后逃离现场。8 月 1 日凌晨，被告人邱兴华乘 K357 次列车返回安康。2006 年 8 月 19 日被告人邱兴华潜逃回家时被公安机关抓获归案。魏义凯因医治无效，于 2006 年 9 月 9

日死亡，徐开秀、魏金梅的伤情经鉴定系重伤。

上述事实有公诉人分别宣读和出示的下列证据予以证明：

1. 被害人陈述

（1）被害人徐开秀系湖北省随州市曾都区万福店镇魏家岗村二组村民，其陈述，7月31日早上一个自称“四川人”的男子给她家补盆后和他家人一起吃饭时，见到丈夫魏义凯从家里取钱。该男子于中午离开后，下午又到她家。晚上11点多，该男子用刀砍她夫妇和女儿魏金梅，并把家里的1 400元钱拿走后将堂屋从外反锁。被害人徐开秀对公安机关出示的10张不同人物照片中，辨认出被告人邱兴华系当日自称“四川人”，并砍杀她们一家三口，抢走1 400元钱的人。

（2）被害人魏金梅系被害人徐开秀的女儿，其陈述，7月31日上午10点多有一个40多岁的男人，在她家门口小井边洗手时见一个洋瓷盆破了，就把盆补好。和她们吃早饭时，男子说要和她父亲做腌鱼生意。饭后离开，傍晚又在她家吃晚饭。她和女儿睡觉时，该男子还未走。她不知睡到什么时候，感觉有一个黑影将她砍倒。被害人魏金梅从公安机关出示的10张不同人物照片中，辨认出邱兴华系当日自称“四川人”的男子。

2. 证人证言

（1）证人王玉丽系被害人徐开秀的儿媳，其在8月1日证实7月31日早上在婆婆家吃早饭时，有一个给其婆婆家补盆的人也和其一起吃饭。并从公安机关出示的十张照片中辨认出邱兴华即是当日补盆的人。

（2）证人刘雨晴系被害人魏金梅的女儿，其证实7月31日早上有一个补盆的人，晚上在她家吃饭，她睡觉时那人还没走。早上她起来时发现门从外面锁了，她从抽屉里拿出钥匙，手从门缝处伸出将门打开。

（3）证人徐开炎系被害人魏义凯的邻居，其证实7月31日早上看到魏义凯家有人补盆子，徐开秀告诉他那人是四川人。并从公安机关出示的十张照片中辨认出邱兴华系那个补盆子的人。

（4）证人朱美银系万福店魏家岗村二组村民，其证实：7月31日（农历7月8日）中午11点多，一个50岁左右的自称是四川达县的老头，在他家睡觉，后把汗衫和裤子脱下清洗。当时此人内穿红短裤。下午四点多离开他家。并从公安机关出示的10张不同人物照片中，辨认出邱兴华即当日的男子。

（5）证人周光斌系万福店玉黄庙村一组村民，其证实，7月30日下午5点多，一个自称四川口音50岁左右的男人，睡在他的鱼棚草堆上。晚上8点他发现那个人走了。并从公安机关出示的10张不同人物照片中辨认出邱兴华即当日的男子。

（6）证人朱道军系随州市万福店农场居委会五组人，其证实，8 月 1 日凌晨有一男子让他带路找旅社，他带该男子找旅社时遇到一大学生，便将二人一起带到万福店农场招待所。并将当晚从该男子给他的一把雨伞向公安机关提交。

（7）证人万朝娥、王兵系万福店宾馆老板，证实的情况和朱道军一致。

（8）证人何耀系随州市西城通建桥人，其证实，7 月 31 日晚因坐错车，在万福店下车找旅社时，遇见一自称是陕西安康人的男子，并与该男子在万福店农场招待所的一房间待了一个小时。大约凌晨一点多，他父亲和姐夫开车来接他，该男子和他们一起乘车离开招待所。两点十五分左右到达随州火车站时该男子下车。并从公安机关出示的 10 张不同人物照片中，辨认出邱兴华系当日自称陕西安康人的男子。

（9）证人何家勤系证人何耀的父亲、证人姚仁贵系证人何耀的姐夫，其二人证实 8 月 1 日凌晨去万福店接何耀时，有一男子和他们一同坐车。大约于凌晨 2 点 15 分左右在随州火车站下车。证人何家勤、姚仁贵从公安机关出示的 10 张不同人物照片中，辨认出邱兴华是当日乘坐他们的车，并在随州火车站下车的人。

（10）随州市火车站售票厅的售票记录证实，在 8 月 1 日 2 时 31 分曾出售一张 K357 次从随州到安康的火车票。

3. 现场勘查笔录证实，发案现场位于湖北省随州市万福店农场魏岗村二组村民魏义凯家及屋内情况和在屋外西侧的棉花地里发现一把弯刀和一把斧头，斧头上沾附有毛发等情况。

4. 随州市公安局曾都分局随曾公刑技法字第（2006）0239 号刑事科学技术鉴定书证实被害人魏义凯、徐开秀、魏金梅的损伤均属重伤。

5. 曾都分局的办案说明材料及死亡证明书证实魏义凯于 2006 年 9 月 9 日死亡。

6. 被告人邱兴华从公安机关出示的 10 张不同人物照片中，辨认出魏金梅、徐开秀是他抢劫魏义凯家时用弯刀、斧头砍伤的人。

7. 公诉人出示的物证斧头、弯刀经被告人邱兴华当庭辨认是砍杀魏义凯一家人时使用的工具，绿底白花长把雨伞、黑色皮包经被告人邱兴华当庭辨认是将魏家人砍伤后，从魏家拿走的。

8. 2006 年 8 月 20 日公安机关在抓获邱兴华时，法医对邱兴华做的人身检查记录，证明邱兴华被抓获时身穿红裤衩，与证人朱美银证实的内容一致。

对于公诉机关当庭出示的上述证据，被告人邱兴华仅对证人何冉凤关于熊万成没有调戏自己的证言内容提出异议，并称他曾亲眼目睹熊万成有调戏何冉凤的行为。经查，邱兴华此节质证意见仅有其本人的供述，无其他证据印证。故对其

此节质证意见不予采信，对何冉凤证言的此节内容予以确认。对于公诉机关当庭出示的其他证据，被告人邱兴华及其辩护人均无异议，本院予以确认。被告人邱兴华当庭对其于2006年7月14日在陕西省汉阴县铁瓦殿内杀死熊万成等10人，并于同年7月30日在湖北省随州市曾都区抢劫周建平，7月31日抢劫魏义凯家1 302元，致一人死亡、二人重伤的犯罪事实亦供认不讳，且与公诉机关当庭出示的其他证据相印证，本院对被告人邱兴华的供述予以确认。

本院认为，被告人邱兴华因移动陕西省汉阴县铁瓦殿内的石碑遭到殿内管理人员拒绝，心怀不满，后又无端怀疑殿内主持熊万成调戏其妻，竟持械将殿内的管理人员和无辜香客10人残忍杀死，并将熊万成的器官眼球、心、肺、脚筋剜除，将心肺烹炒，其行为已构成故意杀人罪。邱兴华杀人犯罪手段十分凶残，情节特别恶劣，罪行极其严重，依法应予从严惩处。被告人邱兴华杀人后在潜逃期间，以非法占有为目的，在采用暴力手段劫取他人财物未果后，又入户劫取他人钱财，并致一人死亡、二人重伤，其行为又构成抢劫罪，依法应予惩处，并与故意杀人罪数罪并罚。安康市人民检察院指控被告人邱兴华的犯罪事实清楚、正确，证据确实、充分，指控的罪名成立。关于被告人邱兴华提出的铁瓦殿管理不严是其犯罪诱因的辩解，经查，即便铁瓦殿的管理不严，也不能成为促使邱兴华实施杀死殿内五名管理人员和五名无辜香客的理由。故被告人邱兴华的此节辩解不能成立。关于被告人邱兴华辩解及其辩护人提出的邱兴华抢劫犯罪一节有自首情节，对抢劫犯罪的行为依法可以从轻处罚的意见，经查，被告人邱兴华在公安机关已经掌握了其抢劫犯罪的事实后，才向公安机关供述了其在湖北省随州市曾都区两次抢劫的犯罪事实，其行为不符合自首的成立条件，不构成自首。故被告人邱兴华的此节辩解不能成立，对辩护人的此节意见不予采纳。关于被告人邱兴华的辩护人提出的邱兴华对故意杀人罪有良好的认罪态度，具有酌定从轻处罚情节的意见，经查，被告人邱兴华虽承认其犯故意杀人的犯罪事实，但不悔罪。且邱兴华将10人残忍杀死，犯罪手段特别凶残、罪行极其严重。因此对邱兴华犯故意杀人罪依法不予从轻处罚。故辩护人的此节意见不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第232条、第263条第1、5项、第69条、第64条、第57条第1款之规定，判决如下：

一、被告人邱兴华犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币5 000元。数罪并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币5 000元。

二、随案移送的作案工具予以没收。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起10日内通过本院或直接向陕西

省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份、副本两份。

审判长：赵晓旭
审判员：杨康波
审判员：王晓
2006 年 10 月 19 日

本件与原本核对无异

书记员：张教辉
书记员：任玉梅

乔燕琴等人故意伤害孙志刚致死案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、故意伤害致死的因果关系认定
六、胁从犯中“胁迫”之研究
七、对酌定量刑情节的若干思考
八、弱势群体的刑法保护
九、结语
附录一：广州市中级人民法院刑事判决书
附录二：广东省高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

2003年上半年，一个案件经媒体披露，在全社会引起极大反响，并最终促成我国一项制度的终结，这就是乔燕琴等人故意伤害孙志刚致死案。① 本案经媒体广泛报道后引起举国民众的震惊和法学界的关注；案发后2个月，也就是2003年5月23日，五位法学家向全国人大常委会递交了就本案及收容遣送制度实施

① 《南方都市报》于2003年4月25日刊登《一大学毕业生因无暂住证被收容并遭毒打致死》一文，随后引起国内外媒体关注，群众轰动。

状况启动特别调查程序的建议书，从而拉开了对我国收容遣送制度重新审视的序幕。[①] 新办法将过去的收容遣送改为救助，不是简单的名词变更，而是制度的改变、观念的进步，更蕴涵了对人权的尊重。可以毫不夸张地说，本案直接导致了旧的收容遣送办法的废止和新的救助管理办法的诞生，新旧制度的交替必将成为我国法治建设史上的一座里程碑。对法学界来说，本案似乎具备更大的宪法研究价值，较少学者从刑法学角度对本案进行深入而又理性的分析。事实上，本案不仅在宪政及公共政策层面的意义重大，从刑法学角度来看同样是发人深省的，从犯罪论上看，本案属于典型的共同犯罪，各犯罪人在实施伤害时所起的作用是不同的，故意伤害罪中的结果加重犯——伤害致死也在本案中得到体现，其因果关系的认定更是扑朔迷离；从刑罚论上看，本案的量刑过程中各种情节的适用也很值得研究。因此，对本案进行刑法学理研究是必要的，同样具有重大的社会意义与法律价值。因此，该案入选本书。

二、基本案情

广东省广州市人民检察院以穗检公一诉［2003］147号起诉书指控被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、李文星、韦延良、何家红、乔志军、胡金艳犯故意伤害罪，于2003年5月23日向广州市中级人民法院提起公诉。

一审法院判决书查明：2003年3月17日晚10时许，被害人孙志刚[②]因未携带任何证件外出，被执行清查任务的广州市天河区公安分局黄村街派出所民警收容送至广州市收容遣送中转站。3月18日晚10时许，因被害人孙志刚自报有心脏病，广州市收容遣送中转站将孙转送至广州市收容人员救治站治疗，收治在救治站一区201室。3月19日晚，因被害人孙志刚向到救治站认领被收容救治人员罗某海的亲属大声喊叫求助，引起该救治站护工被告人乔燕琴的不满，被告人乔燕琴遂与同班护工被告人乔志军商量将孙调至一区206室，让206室内的被收容救治人员教训孙志刚。之后，被告人乔燕琴到206室窗边直接授意206室内的被告人李海婴等人殴打被害人孙志刚。

---

① 2003年6月20日，国务院总理温家宝签署国务院第381号令，公布施行《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》，1982年5月12日国务院发布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》同时废止。

② 值得注意的是，时至今日人们谈到本案时习惯地称为“孙志刚案”而不是“乔燕琴案”，这同侧重犯罪人的类似案件明显不同。换言之，本案之所以引起全社会如此强烈的关注与激愤，主要是由于被害人的缘故。让我们进一步了解被害人的身份：孙志刚，男，汉族，湖北省武汉市人，2001年于武汉科技学院艺术设计专业结业，2003年2月24日受聘于广州达奇服装有限公司，直至死亡。

翌日凌晨0时30分许，当被告人乔燕琴、乔志军与护工被告人吕二鹏、胡金艳交接班时，被告人乔燕琴再次向被告人乔志军以及被告人吕二鹏、胡金艳提出将被害人孙志刚调至206室，让该室的人殴打孙志刚，得到被告人乔志军、吕二鹏、胡金艳的认同。随后，被告人乔燕琴、吕二鹏又分别到206室授意李海婴等人殴打孙志刚，接着乔燕琴、乔志军、吕二鹏、胡金艳四人共同将被害人孙志刚从201室调至206室，然后四人回一楼监控室。当天凌晨1时许，206室的被告人李海婴首先上前殴打被害人孙志刚，接着被告人李文星、周利伟、钟辽国、李龙生、张明君、韦延良也上前以拳打、肘击、脚踩、脚跟砸的方式对孙志刚的背部等部位进行殴打。其中被告人李海婴采取了拳打脚踢、肘击、膝盖撞击背部的方式殴打孙志刚，还将孙按倒在地，让同案人殴打；被告人钟辽国采取左、右肘击、将孙志刚推至墙边站立用膝盖撞击等方式殴打孙志刚；被告人周利伟长时间持续殴打孙志刚；被告人何家红则在旁边望风。被害人孙志刚被打几分钟后，被告人胡金艳去到206室门口进行了口头制止。约10分钟后，被害人孙志刚向206室内的众被告人下跪求饶，但被告人李海婴又首先冲上前殴打孙志刚，接着被告人钟辽国、周利伟、张明君、李文星、何家红也上前殴打孙志刚。其中被告人李海婴以肘击，被告人钟辽国、周利伟以肘击、脚踩，被告人张明君以跳上背部踩、脚踢，被告人何家红以拳打脚踢的方式反复殴打孙志刚。当值班护士曾伟林、被告人胡金艳发现孙志刚再次被殴打后，去到206室制止并将孙志刚调至205室。当天凌晨2时许，被害人孙志刚向被告人吕二鹏反映情况，被告人吕二鹏持塑胶警棍隔着205室的门对孙的胸腹部连捅数下。当天上午10时许，被害人孙志刚被发现昏迷不醒，后被送至该站医疗室进行抢救，经抢救无效死亡（经法医鉴定，被害人孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡）。

三、裁判要旨

虽无同意的明确言语表示，但对他人伤害被害人的提议不但不反对，反而在明知将被害人置于某处是要对被害人进行殴打的情况下，仍与他人共同将被害人置于行凶场所，其共同伤害的主观犯意是清楚的，据此可认定行为人具备故意伤害罪的主观方面要件。

被害人虽然是在被各行为人伤害后经过一段时间才抢救无效死亡，但若有证据显示在该时间段内被害人并无再受任何其他暴力打击，而没有证据证实被害人在进受害场所之前或离开受害场所之后曾被殴打，也没有证据能够证实被害人系延误抢救导致死亡，则可以认定被害人的死亡结果是各行为人所造成。

提起犯意，纠合其他人员密谋伤害被害人，并指使他人殴打被害人，属于在故意伤害犯罪中起策划、组织作用，是共同伤害犯罪的主犯，应对被害人死亡的后果负全部责任。虽然系被指使参与伤害被害人，但若无其他证据能证实指使者有强迫、威胁被指使者殴打被害人的行为，则不能认定为胁从犯。

四、引发的理论问题

在本案一审宣判后，12 名被告人全部提起上诉，而在一审和二审过程中，控辩双方争议焦点包括以下方面：

1. 各被告人的殴打行为与被害人的死亡之间有无因果关系。被告人乔燕芹的上诉理由之一就是孙志刚到救治站之前可能遭受过暴力殴打，本次被打后延误抢救，死因不明，乔燕琴不应对其死亡承担责任。因果关系是一个重要而又复杂的刑法问题，伤害行为与死亡结果间因果关系的认定直接关系着本案能否准确定罪量刑，本文试具体问题具体分析，针对司法实践中常见的疑难问题——故意伤害罪中致人死亡因果关系的认定进行研究。

2. 本案中另一争议问题在于其中八名身份为救治站病人的被告人是否属于胁从犯，辩方声称，由于这些被告人同样处于被管理者的地位，实施伤害行为是受到胁迫而为，是胁从犯。胁从犯是我国刑法中一种独特的共同犯罪人类型，根据我国刑法规定，对于胁从犯应按照他在犯罪中的情节减轻或免除处罚，而我国刑法学著作中对胁从犯的研究尚不够深入，进而影响到司法实践，本文试从胁从犯中“胁迫”的含义入手，以期对我国刑法中胁从犯的认定有所裨益。

3. 本案的一审判处被告人乔燕琴死刑、被告人李海婴死刑，缓期二年执行，一名被告人无期徒刑，五名被告人被判处十年以上有期徒刑，其他四名被告人均被判处三年以上有期徒刑，在二审过程中，各被告人不同程度地提出了原判刑罚量刑过重的问题。因此，本案的刑罚裁量也值得研究，本案中除了法定量刑情节外，还有哪些酌定量刑情节影响了判决结果？是否涉及了民愤等因素？本文试对本案量刑中的酌定量刑情节问题进行研究，进而以个案中反映的问题反思某些酌定情节立法化的可能性。

4. 对本案的研究不应仅限于此，我们通过学理分析能够发现深层次的刑法理念：被害人孙志刚在案发地广州属于弱势群体，其人身自由权利易遭他人侵犯；被害人被收容后在救治站同样属于弱势群体，其身体健康权利乃至生命权利被肆无忌惮地践踏。刑事法学的研究，基本上是从犯罪人（加害方）的角度入手，很少从受害方的视角去考察。这就引发一个命题，即刑法需不需要体现对弱势群体的特殊保护？如何对弱势群体进行保护且与刑法现代化之路相契合？在提

出这个命题之前，一些实证数据是发人深省的，在犯罪被害人中，处于下层社会阶层的被害人数也大大超过其他社会阶层，一般要达到70%以上，甚至超过80%。[①] 在刑事一体化的趋势下，刑事法学愈来愈重视对弱势群体的研究，但众多学者将弱势群体作为犯罪主体进行研究与预防，缺乏将弱势群体作为一类特殊被害人，作为需要刑法特殊保护的对象进行研究。事实上，特定弱势群体的犯罪固然呈现增长趋势，但实践中同样存在大量侵犯弱势群体人身、财产权利的犯罪，由于弱势群体自身的生理、社会地位特点，私力救济的孱弱更应通过公力救济的加强来得到弥补。本文试提出这一问题，并以此为贯穿全文的宗旨，结合法理分析对弱势群体的刑法保护进行探讨。

五、故意伤害致死的因果关系认定

（一）本案引发的问题

在本案中，控辩双方争议焦点之一就是各被告人的行为与孙志刚死亡之间是否存在因果关系：公诉机关认为，2003年3月18日晚10时许，被害人孙志刚被收容后因自报有心脏病被送至广州市收容人员救治站201室治疗；3月19日晚，被害人孙志刚因向其他收容救治人员的亲属喊叫求助，招致被告人乔燕琴的忌恨，被告人乔燕琴遂与被告人乔志军商量，决定将被害人孙志刚调至该站206室，让室内的收容救治人员对其进行殴打，之后被告人乔燕琴到206室窗边向室内的被告人李海婴等人直接授意。至翌日0时30分左右，被告人乔燕琴再次向被告人乔志军及接班的被告人吕二鹏、胡金艳提出将被害人孙志刚从201室调至206室殴打，并得到被告人乔志军、吕二鹏、胡金艳的认同。随后，被告人乔燕琴、乔志军、吕二鹏、胡金艳共同将被害人孙志刚从201室调至206室，被告人乔燕琴、吕二鹏又分别向室内的被告人李海婴等人授意对被害人孙志刚进行殴打。当日1时许，206室的收容救治人员被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、李龙生、李文星、韦延良等人以拳打、肘击、脚踩、脚跟砸等方法对被害人孙志刚的背部等处进行殴打，被告人何家红则在旁望风。被告人胡金艳发现后进行了口头制止。但被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君等人在被告人乔燕琴的唆使下，不顾被害人孙志刚跪地求饶，继续用肘击、膝顶、跳到背上跺等方法反复殴打，被告人何家红亦对其拳打脚踢。当值护士曾伟林（另案处理）发现后遂与被告人胡金艳将被害人孙志刚调至205室，后被害人孙志刚向被告人吕二鹏

---

① 参见赵可、周纪兰、董新臣：《一个被轻视的社会群体——犯罪被害人》，群众出版社2002年版，第27页。

反映情况，被告人吕二鹏使用塑胶警棍向其胸腹部连捅数下。当天上午10时许，被害人孙志刚被发现伤重后经抢救无效死亡。被告人乔燕琴等人故意伤害他人身体，其行为共同触犯了《中华人民共和国刑法》第234条第2款的规定，均已构成故意伤害罪。

而辩方则认为根据本案的事实，难以认定各被告人的行为与孙志刚的死亡之间存在因果关系，原因主要有以下几点：

（1）从本案的证据材料看，没有充分证据证明被害人死亡是完全由206室的各被告人造成。本案的法医鉴定没有确定被害人死亡的时间，仅有与本案有利害关系的几个医生、护士的证言，而被害人被打后离开206室至其死亡还有很长一段时间，这个过程是否有其他原因导致被害人的死亡，没有进行查证，法医鉴定结论也不能充分证明孙志刚的死亡与被告人的殴打存在必然联系，因此本案可认定各被告人构成故意伤害罪，但不能认定系“伤害致死”。

（2）被害人孙志刚在进入206室之前、之后均被殴打过，现有证据不能证实孙志刚的死亡是由206室的被告人殴打所致。

（3）法医鉴定在被害人孙志刚死亡后一个多月才作出，准确性值得怀疑；被害人孙志刚被殴打后8～9小时后死亡，救治站延误抢救，也是孙志刚死亡的原因之一。总体看来，辩方并不否认各被告殴打孙志刚的行为，而否认孙志刚的死亡与殴打行为存在必然的因果关系，而列举了可能导致孙志刚死亡的其他原因例如抢救不及时所导致。

而人民法院经审理认为：被害人孙志刚虽然是在被各被告人伤害后经过一段时间才抢救无效死亡，但现有证据显示在该时间段内被害人孙志刚并无再受任何其他暴力打击，也没有证据证实被害人孙志刚在进206室之前或离开206室之后曾被殴打致背部受伤，也没有证据能够证实被害人系延误抢救导致死亡，因此认定孙志刚的死亡结果是206室内的各被告人造成的依据是充分的。有关辩护人认为被告人的行为与被害人死亡不排除其他原因造成、被害人孙志刚是因延误抢救导致死亡、本案性质不属“伤害致死”的辩护意见不能成立。那么在本案中各被告人的行为同孙志刚之死之间到底有没有因果关系呢？本文试通过对故意伤害致死的因果关系的研究，以期对刑法理论和司法实践有所裨益。

（二）刑法因果关系概述

在我国刑法中，故意伤害致死是一种典型的结果加重犯，行为人的伤害行为造成了超出基本犯罪构成的重结果——死亡，那么根据法律规定，行为人必须承担更重的刑罚。反之，要想使行为人承担更重的法定刑，就必须明确行为人需对死亡结果负责，具体到客观方面，就是要认定行为人的伤害行为同死亡结果之间

具备因果关系。作为后者具体表现的一种，故意伤害致死的因果关系同样符合因果关系的一般理论，而作为后者具体表现的一种，故意伤害致死的因果关系同样具有独特之处。因此有必要对于因果关系的基本理论予以展开，因果关系不仅是一个哲学问题，同样是一个重要的刑法理论问题，中外刑法学界对此存在多种学说，各持己见，莫衷一是。

1. 国外刑法中的因果关系

（1）大陆法系的因果关系问题。在大陆法系刑法学的因果关系研究中，第一种观点是“条件说”，此说为德国学者布黎所提倡，认为引起结果发生的一切条件都是刑法上的原因，凡是原因，对结果的发生均有同等的原因力。条件说不区分条件间的差别，显然失当，德国学者瓦琴费尔德为弥补缺陷，提出“因果关系中断论”作为条件说的限制。即前行之条件行为与结果之间的因果关系，因之后有责任能力的故意行为之介入而中断，后行之条件行为与结果继而发生因果关系；但如前行为与结果之间介入的是自然力、无责任能力人的行为或过失行为时，则不中断前行为与结果之间的因果关系。第二种观点是“原因说”。此说由德国学者巴尔所提倡，原因说认为，刑法应当在引起结果发生的诸条件中，区分原因条件与单纯条件，即在引起犯罪结果的多数条件行为中，择其一二为刑法中的原因，其他行为皆为单纯条件，单纯条件对结果无原因力。关于区分原因与条件的标准，又有各种不同见解，如“必生原因说”、“优势条件说”、“直接原因说”、“最重要原因说”、“最终原因说”、“相当因果关系说”等等。此外，另有些学者则主张，刑法中的因果关系问题应当以行为人主观上能否预见为标准，如果行为人对某种因果关系在主观上不能预见，就不应认为他的行为同结果之间存在因果关系。第三种观点是“相当因果关系说”，此说为德国学者克里斯所首创，继由卢迈琳、特莱格加以发展，在西方刑法学中产生颇大的影响。相当因果关系说以条件关系的存在为前提，认为由其行为发生该结果在经验上是通常的，即限于被认为是“相当”的场合，肯定刑法上的因果关系。在根据以什么范围的情况为经验判断的基础，由可以分为主观说、客观说、折衷说三说：主观说完全以行为当时的行为人认识的情况为基础，进行如有一定的先行事实，一定的后行事实的发生是不是通常的经验判断；客观说认为经验判断的基础是行为当时的所有的客观情况和行为后一般人能够认识的情况；折衷说认为成为经验判断基础的，是行为当时一般人能够认识的情况和行为人特别认识了的情况，现在成为日本的通说。第四种观点是“客观归责说”，此说首先在一般法学上是 1927 年由德国学者拉伦茨提倡的，该理论把因果关系的问题与归责问题加以区分，在因果关系问题上以条件说为前提，认为在处于条件关系的行为中，具有客观上归责可能的行为

只是使得法律上禁止的危险发生，并使这种危险作为该当于构成要件的结果实现的场合。①

(2) 英美法系的因果关系问题。英美刑法中因果关系观点林立，同样呈现一种“百家争鸣”的局面，例如有学者认为引起危害结果发生的“主要原因”(primary cause) 才是刑法因果关系中的原因；有的认为刑法因果关系是造成危害结果出现的“有效原因”(efficient cause)；另有学者认为，刑法因果关系中的原因应当是导致危害结果发生的“有效充分原因”(efficient adequate cause)、“法定原因”(legal cause) 等等。在正统的英美刑法学中，占主导地位的因果关系理论采取了“扩张的检测标准”(the expansive test)，即：X 事件引起了 Y 结果，假若“如果没有”(but for) X 事件，Y 结果本来就不会发生，那么 X 事件与 Y 结果之间就存在刑法因果关系。此种检测标准在英美刑法学上通常被称为“如果没有”(sine qua non or but for) 判断标准，其特点是将特定危害结果之必要条件作为“原因”。学理上将其称为“事实原因说”(cause in fact)。然而，事实原因说将因果关系必要条件认为是因果关系的充分条件，具有显著的局限性，为弥补上述不足，学者们又提出了“最近原因说”(proximate cause)，要求刑法上的因果关系中原因必需是特定犯罪后果产生的必要且充分条件。②

2. 我国刑法中的因果关系

我国古代刑法中已体现了若干因果关系理论，早在唐律中已经出现事实因果关系和法律因果关系的区分：《贼盗律》(总 289 条) 前段律文规定了“因盗而过失杀伤人”罪，律下的注文说：“财主寻逐，遇他死者，非。”意思是如果被盗人家在追寻盗窃人的过程中，因为其他事故而死伤的，则不构成盗窃犯的“因盗而过失杀伤人”罪。疏文说：“谓财主寻逐盗物之贼，或落马，或落坑致死之类，是遇他故而死，盗者唯得盗罪，而无杀伤之坐。”盗窃行为与失主死亡结果之间存在“无前者无后者”的事实因果关系，但是不具备刑法意义的因果关系。③ 我国古代刑法中的保辜制度也体现了伤害罪中因果关系的认定：《宋刑统斗讼》中的“保辜”条疏规定：“假殴人头伤，风从头疮而入，因风致死之类，仍依杀人论。若不因头疮得风别因他病而死，是为他故，各依本殴伤法，不依杀人论。”这里体现的则是相当因果关系理论。④

在我国现代刑法学研究中，因果关系问题始终是争议的热点和难点，诸多学

---

① 参见马克昌主编：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2001 年版，第 203—215 页。

② 参见赵秉志主编：《英美刑法学》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 41—42 页。

③ 参见钱大群、夏锦文：《唐律与中国现行刑法之比较论》，江苏人民出版社 1991 年版，第 210 页。

④ 参见《宋刑统》，中华书局 1984 年版，第 330 页。

者基于不同的视角于理论基础，对刑法因果关系问题进行了广泛而深入的讨论，但至今尚未形成统一的认识，其分歧主要在以下两个方面：

（1）必然因果关系和偶然因果关系。我国刑法理论对于因果关系的判断，并不存在像“条件说”、“相当因果关系说”等用以判断因果关系的“定型化”的理论标准，而强调的是因果关系的理论基础。即对于具体案件中的因果关系问题，只能以马克思主义辨证唯物论关于因果关系的一般原理作为指导，通过具体问题具体分析的方法解决，并不存在超越现实情况的统一标准。① 总体看来，我国刑法学界对该问题的论争主要是必然和偶然因果关系之争，并由此形成了以下两种观点：第一种观点为必然因果关系说，认为刑法上的因果关系，仅仅是指危害社会行为同危害社会结果之间的必然联系。即只有当某种或某些危害社会行为在一定的条件下必然地、不可避免地引起某种或某些危害结果的时候，才能认为这些危害行为与危害社会结果之间存在因果关系。第二种观点为偶然因果关系说，认为由于因果关系的复杂多样性，在刑法因果关系中，必然因果关系和偶然因果关系都是客观存在的。刑法中的偶然因果关系，是指某危害行为造成某危害结果，这一结果在发展过程中又与另外的危害行为或事件相竞合，合乎规律地产生另一结果，最初的危害行为不是最后结果的根据，不能认定该结果出现呈必然性，最后结果对于最初的危害行为来说可能出现，也可能不出现。危害行为与最后结果之间是偶然的因果关系。”② 必然说和偶然说的分歧直接影响到刑事责任的范围，即确定应否让行为人对某一特定的危害结果承担刑事责任的问题，目前偶然因果关系说成为我国刑法理论的通说。

（2）事实因果关系和法律因果关系。当必然因果关系说和偶然因果关系说论争正酣，僵持不下时，我国有学者开始寻找新的出路，并以新的视角来审视刑法因果关系问题。如有观点指出：“研究刑法因果关系的任务，在于确认危害结果是由某人的危害行为引起的，从而提供刑事责任的客观依据，至于因果关系的必然性和偶然性问题，不是因果关系存在的决定因素，所以把因果关系说成是必然的和偶然的，违背了事物发展的必然性和偶然性对立统一的基本原理，考察刑法上的因果关系，应当注意因果关系的内容和性质，并在此前提下进一步考察因果关系在刑法中表现形式，使其紧紧地围绕着解决刑事责任的任务，不可偏离这一既定的宗旨。”③ 在这一理念的指引下，“双层次因果关系”说应运而生，该观点

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 188 页。

② 参见李光灿等著：《刑法因果关系论》，北京大学出版社 1986 年版，第 113—114 页。

③ 赵廷光：《中国刑法原理》（总论卷），武汉大学出版社 1992 年版，第 311 页。

认为，事实因果关系是刑法因果关系的基础，任何刑法因果关系的成立，都须以危害行为与危害结果之间客观上存在着事实因果关系为前提，没有事实因果关系也没有法律因果关系，而在事实因果关系的判断上采用“条件说”为妥，即在决定刑法因果关系方面，必须先确定行为与结果之间存在必要条件关系，这种关系的判断标准，可采用“有 A 才有 B”的公式进行认定；法律因果关系是刑法因果关系的本质，不经价值判断的事实因果关系不可能直接对刑事责任产生作用，在法律因果关系的判断上存在多种学说，例如国外的“相当因果关系说”、“近因说”，国内的“必然说”、“偶然说”都是这种标准的具体体现。总体看来，刑法因果关系具备事实性和法律性。事实因果关系与法律因果关系同为刑法因果关系的特征，但是两者在决定刑法因果关系存在方面所起的作用是不同的。事实因果关系主要在质上决定行为与结果之间是否存在因果关系；而法律因果关系则是从量上解决达到何种程度联系的事实因果关系才能作为刑事责任的客观基础。两者结合构成刑法因果关系的基本属性。[①]

3. 对我国刑法因果关系的评析

（1）拘泥必然因果关系和偶然因果关系的局限性。我们研究因果关系的出发点和归宿都是为了解决刑事责任问题，事实上，偶然因果关系说和必然因果关系说均存在局限性：“必然说”仅仅将危害社会行为同危害社会结果之间的必然联系认为是刑法因果关系，缩小了刑事责任的客观基础。在实践中，一些偶然的因果关系同样具备刑法意义，例如侮辱他人致其自杀，这种情况下侮辱行为同被害人死亡之间并没有必然的、合乎规律的联系，但这种因果关系却可能成为定罪的客观基础。“偶然说”同样以哲学上的偶然性和必然性原理作为理论基础，是基于“必然说”之上的修正，它同条件即原因的“条件说”并没有实质上的区别。因果关系之所以出现必然和偶然之分野，很大程度上由哲学分歧所导致。一方面，根据马克思主义原理，任何因果关系都是必然性和偶然性的统一，必然中有偶然，偶然中有必然，原因和结果之间的联系形式和发展趋势，还不能摆脱外界条件的影响，永远处在必然性和偶然性相互依存、相互渗透和相互转化之中。另一方面，现实生活中对于“必然”和“偶然”的区分，也不可能有个非常明确的标准。例如某甲伤害某乙后，即被送往医院抢救，从急诊时间、医疗条件和值班医生的水平看，救活某乙是毫无问题的，但恰遇值班医生不在，致使某乙流血过多死亡，本案件中能够说存在必然因果联系或者偶然因果联系吗？因此，脱离因果关系的法定性，聚焦于哲学上的偶然与必然之争是难以解决问题的。无论是

① 参见张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社 1998 年版，第 163—261 页。

“必然说”，还是“偶然说”，都是从哲学上必然性和偶然性和因果范畴的关系上寻找解决方法。由于哲学上对这两对范畴之间的关系存在不同看法，从而带入刑法之中，难免也会引起争论，其结果使刑法因果关系问题越研究越复杂化。[①]

（2）探索事实因果关系和法律因果关系的合理性。事实上，强行将哲学的必然性与偶然性理论同刑法因果关系问题结合起来是毫无意义的，我国刑法学者张绍谦在《刑法因果关系研究》中提出从事实和法律两个层面上对刑法因果关系进行研究，从而为我们开启了另一扇科学的大门，这种观点具有较强的合理性：①法律性应当是刑法因果关系的基本属性。法律因果关系其实是刑法因果关系的本质，刑法学是一门规范学，任何对刑法因果关系的最终探讨，都不能脱离刑法规范进行，事实上的因果关系必须经过法律的规定，才能成为刑法因果关系，不经过价值判断的事实因果关系不可能直接对刑事责任产生作用，这也是罪刑法定原则的本质要求。②刑法因果关系的法律性与因果关系的客观性并不矛盾。任何刑法因果关系的成立，都需要以危害行为和危害结果之间客观存在着事实因果关系为前提，刑法因果关系并不是脱离客观实际存在的，它以事实因果关系为基础，不以人的意志为转移，做到了法律性与客观性的有机统一。③该学说有利于司法活动的开展，有利于准确定罪量刑。必然说和偶然说的缺陷之一就是未能将因果关系的研究同刑事责任有效联系起来，而事实因果关系和法律因果关系说就有效解决了这一问题。在因果判断时分为定罪因果关系判断与量刑因果关系判断，便利了刑法理论与司法工作的有机衔接。最后，在法律因果关系的判断标准上，虽然有观点指出：“试图根据因果联系的客观程度确定一个固定统一的标准用以区别刑法上的原因和条件，既很困难，也无必要，而应结合不同犯罪的法律规定进行具体的分析。”[②] 但本文认为，客观性是刑法因果关系固有的属性，而行为人当时的认识属于主观方面的因素。在判断法律因果关系时，应采用“相当因果关系”中的“客观说”为标准，即根据社会一般经验来断定因果关系的有无，并以行为时的一切客观事实作为基础进行判断。总之，刑法因果关系基于事实但更是一个法律问题，对其研究不能过多拘泥于哲学思辩，而更应从刑法角度、从因果关系与定罪量刑的关系进行分析。

（三）如何认定故意伤害致死的因果关系

1. 故意伤害致死的因果关系特点

故意伤害致死是典型的结果加重犯，其中伤害行为与死亡结果间的因果关系

① 参见张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社 1998 年版，第 90 页。

② 参见张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社 1998 年版，第 224 页。

具备以下特点：

（1）故意伤害致死的因果关系具备客观性。即因果关系是客观存在的，无论行为人是否认识，如何认识，都不影响其存在。换言之，对刑法因果关系的判断，只能完全依法从客观方面进行，行为人主观方面是否能够认识，是否已经认识，都不能作为决定刑法因果关系有无的标准。在我国刑法理论中，因果关系是犯罪客观方面的因素，这是不以人的意志为转移的，因此在故意伤害致死的情况下，即使认为伤害行为与死亡结果之间具备因果关系，也不等于行为人必须负伤害致死的刑事责任，而可能作为基本犯罪构成的一个酌定从重情节。作为典型的结果加重犯，如果要求行为人对伤害致死的重结果负责，还必须要求在主观上具有罪过，具体到故意伤害罪中，就要求行为人在主观上对死亡结果存在过失，我们不能把因果关系的存在与否同是否承担责任等同起来，那种只要被害人死亡就一律以致人死亡追究刑事责任的做法陷入了客观归罪的误区。正如有学者指出："预见可能性、故意过失等属于行为人主观心理状态内容的问题，而结果加重犯的因果关系是客观方面的内容，将主观方面的内容混入到客观方面内容中去，就会使结果加重犯的因果关系变得混乱。"①

（2）故意伤害致死的因果关系具备法律性。我国《刑法》第 234 条规定："故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。"由此可以看出，在故意伤害罪中，致人死亡是一种超出基本犯罪构成的加重结果，如果伤害行为造成了死亡结果，就需要承担更严重的刑事责任。而在司法实践中，一些危害行为同死亡结果间看似具备事实因果关系，但由于欠缺法律性而不能作为法律上的因果关系，如果行为的程度轻微或者性质相左而不符合客观要件，那么因果关系根本不可能成立的。例如行为人使用极其轻微的侵害手段，由于他人体质特异而引发死亡结果，那么这种事实上的因果关系不具备法律性，因为侵害行为并不符合基本的犯罪构成。

最后，伤害行为同死亡结果间的因果关系是一种直接因果关系。间接因果关系可能作为酌定量刑情节，但不能用于该加重结果的认定。间接因果关系是指危害行为并不直接作用于客体和对象，而是通过一些中间环节而间接发生作用。在直接原因与结果间存在其他因素，这种中介因素可能是人的行为，也可能是自然

① 参见李邦友：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社 2001 年版，第 51 页。

因素或其他因素。[1] 下列情况均不能说伤害行为同死亡结果之间具有因果关系：被害人受伤后自己包扎，因使用了不卫生的物品而导致伤口感染导致死亡；被害人受到侵害后不堪侮辱而自杀；被害人受到侵害后慌不择路逃跑遇到交通事故身亡等等。

2. 实践中具体情况的认定

在纷繁复杂的司法实践中，故意伤害致死的因果关系始终是认定的难点。但是，无论案件事实再复杂多变，我们还是可以将其分为以下几种类型：

（1）伤害行为后即出现死亡结果。一种情况是伤害行为当场造成被害人死亡，在这种情况下，认定伤害行为同死亡结果之间具备因果关系是没有疑问的。根据伤害行为对他人身体健康所造成致命伤的程度和对人体危害程度的大小，法医学一般将致命伤分为绝对性致命伤和条件性致命伤。绝对性致命伤是指该损伤对任何人足以致死的损伤，如断头、高坠、车祸造成的肢体断碎或者重要脏器的广泛性损失，伤及脑心脏、肺脏、大血管等直接发生死亡的。只要这种损伤产生，必然会出现他人死亡的结果，从这点上分析，当伤害行为造成他人绝对性致命伤时，该伤害行为就具有引起死亡结果发生的必然性，死亡结果发生直接的原因系伤害行为，因此伤害行为与死亡结果之间是一种直接的、必然的因果关系。

另一种情况是，行为人实施伤害行为，被害人经一段时间后因伤势恶化或抢救无效而死亡。在法医学上，条件性致命伤是指损伤较严重，但其本身尚不足以致死人命，而且由于受伤者本人身体素质特异、较差或因条件不利而发生死亡。条件性致命伤有两种情况，一种是个体性致命伤，一种是偶然性致命伤，如果是因年老，体弱有病等个人因素死亡者又叫做个体致命伤；如果是因抢救、治疗不及时或不得力造成的死亡，则称为偶然性致命伤。[2] 在这种情况下伤害行为具备引发死亡的危险性，即使死亡是由于被害人伤口细菌感染、救治延误或者医疗设施落后都不影响因果关系的成立。

（2）伤害行为后有消极介入因素而出现死亡结果。这种情况在刑法理论中也被称为“因果关系中断”，因果关系认定的难点正在于此，有学者指出了“中断”所引发的后果，“对偶然因果关系应作两方面的限制：一是对结果负责的条件行为必须是利用了即将发生或正在发生的客观事实；二是不存在中断因果关系危害行为。反之，如果条件行为没有利用客观事实或有危害行为中断了因果关系，作

① 参见赵秉志主编：《当代刑法理论探索（卷二）犯罪总论问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 381 页。

② 参见王仁编著：《法医学在司法工作中的应用》，辽宁科学技术出版社 1987 年版，第 70 页。

为条件的行为则不可对结果负责”。[①] 故意伤害的司法实践中主要存在两种情况：第一种情况是，行为人实施伤害行为，被害人当场并未死亡，后客观消极事件介入导致死亡。换言之，由于不以人的意志为转移的事件促进了被害人的死亡，例如在救治过程中发生医疗事故，遭遇意外事件或者不可抗力致死等。在这种情况下，首先要看行为人对被害人造成伤势如何，如果是绝对性致命伤，被害人虽当时未死，而后又出现所谓的“因果关系中断”情况时也可认定因果关系的存在；如果造成的是非致命伤，就不能认定伤害行为同死亡结果之间因果关系的存在。有这样一个案例：被告人董某因琐事与黄某发生争执，董某用锄头打伤黄某腰部，黄某先在村卫生所拿止痛药治疗，七天后到镇卫生院诊断为脾破裂、腹腔积血，作切除手术后住院治疗十四天出院，经法医鉴定为重伤，一个半月后，黄某因腹痛再次住院，诊断为原手术切口下发生肠粘连、部分肠管坏死（属手术后遗症）。再次手术切除坏死肠管，术后第三天黄某死亡，死于第一次手术后遗症。在本案中，黄某死亡的直接原因是手术后遗症而不是伤势，虽然没有伤害行为就没有继后的手术，但根据因果关系理论，伤害行为与死亡结果间需要是一种本质的、必然发生的联系。这种情况下我们首先要查明救治开始时被害人的健康状况，如果证明损伤程度足以导致死亡，那么仍然可以认定侵害与死亡结果之间具备直接因果关系，而不能因为救治因素的介入而否认这一因果关系，也不能因为事故的加速死亡而否认侵害行为的原因力，如果损伤程度不足以导致死亡，就不能追究行为人伤害致死的刑事责任。第二种情况是，行为人实施伤害行为，被害人当场并未死亡，后人的消极行为介入导致死亡。消极行为意指对被害人不利的、促进死亡的行为，包括被害人自己的行为或者其他人的行为。前者例如被害人受伤后自己包扎，因使用了不卫生的物品而导致伤口感染导致死亡；被害人受到侵害后不堪侮辱而自杀等；后者例如被害人受伤后又遭受他人的伤害引起死亡等等。判断因果关系的有无同样要明确被害人在首次侵害后的健康状况，如果第一次侵害足以导致死亡，那么侵害行为同死亡结果之间存在因果关系。

（3）多人实施伤害行为后出现了死亡结果。两个以上行为人同时或先后相继地伤害被害人，共同造成死亡结果的出现，而加害者并不属于共同犯罪。这种情况下首先要查明是谁的伤害行为实际造成了死亡结果的发生，找出哪种行为能真正引发被害人死亡，如果这些人的行为都引发了死亡结果，那么伤害行为同死亡结果间均具有因果关系，例如数人持刀刺向被害人，检验表明被害人因创口过多导致失血而死；如果查明只有某些人的行为引起被害人死亡，那么只有这些行为

① 参见张明楷：《犯罪论原理》，武汉大学出版社 1991 年版，第 199—200 页。

才具备同死亡结果间的因果关系，例如一些人持刀刺向被害人，另一些人徒手殴击被害人，检验表明死亡由于失血过多引起；如果难以查明何人行为造成了这一结果，该如何认定因果关系呢？这也是一个引发争议的问题，本文倾向于应认定每个伤害行为同死亡结果间均具有因果关系，只有这样才能够符合社会正义的要求；达到预防犯罪的目的，同时在量刑时可以按照每个人行为的具体危害程度和主观恶性达而差别处置，并不违反罪责刑相适应原则；反之，如果认定数个伤害行为同危害结果间均没有因果关系，则是明显失衡的。正如《日本刑法》第207条规定："同时犯与共犯例，两人以上加暴行于人而伤害人之情形，不能知其伤害之轻重或熟为加害人时，虽非共同者，依共同犯之例。"①

（4）行为人实施伤害行为，由于被害人的特异体质出现了死亡结果。伤害行为不能引起一般人的死亡，却由于被害人自身独特体质或自身疾病而引发了死亡结果。根据客观说的认定标准，这种情况下伤害行为具备引起死亡结果的相当性，因此具备刑法的因果关系，但是要明确的是：因果关系的有无不能与行为人是否承担致人死亡的刑事责任相混同，因果关系是客观的，根据主客观相统一的归责原则，行为人要承担伤害致死的责任，还需要具备主观罪过。例如被告人孙某在某蔬菜批发市场批发蔬菜时，遇菜民张某，因其索要菜筐子双方发生争吵，张某辱骂孙某，孙某便开始殴打张某，并将张某推倒在一辆三轮车上后，就离开现场去批菜，张某被人发现当场死亡。法医检验结果如下：①张某损伤程度为轻伤，为非致命伤，系打斗过程中形成。②根据病理检验，张某大脑未见明显损伤，生前患有重度先天性肺动脉口狭窄和重度冠状动脉粥样硬化性心脏病，心脏功能较差，外来暴力打击、情绪激动和剧烈活动易诱发心力衰竭猝死。③结论是：张某系外来暴力打击、情绪激动和剧烈活动诱发心力衰竭猝死。从本案可以看出，张某死亡的直接原因是心力衰竭，虽不是由于殴打所直接造成，但殴打行为具备造成特异体质张某死亡的危险性，不能否认伤害行为同死亡结果之间具备因果关系。司法实践中一种容易引起争议的情况是，行为人实施非刑法意义的侵害行为却由于特异体质出现了死亡结果。例如甲与乙由于琐事引发殴斗，甲为吓唬乙用铅笔刀将乙皮肤划破，而乙本身具有血友病而致死。此种情况下由于甲的行为不具备基本犯罪构成，更不可能构成故意伤害致死的因果关系。

在实践中，办案人员往往陷入一种误区，即只要前面存在伤害行为，随后出现被害人死亡的结果，就仅仅凭借这种现象表面上符合因果关系的时空先后顺序，就主观臆断因果关系的存在。有这样一个案例：农民高某和孟某因琐事发生

① 参见《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社 1998 年版，第 65 页。

撕打，打斗中，高某在孟某的左眼部打了一拳，7 天后孟某突然死亡。从此，高某就背上“犯故意伤害致死罪”的罪名，先被公安机关刑事拘留，后又被检察机关以同样罪名起诉到当地法院。但最终法医检验显示死者死于心血管系统疾病急性发作的可能性较大，对于之前的侵害结果，法医报告明确显示，死者一左眼眶部青紫肿胀，皮下软组织出血，为生前受外力作用所致。死者颅骨没有骨折线，脑组织切面未见出血及明显病变。故可排除死者孟某系因颅脑损伤死亡。因此表面上看存在因果关系的时间条件是不足的，还需采用科学的认定方法，综合分析。

总体来说，要认定故意伤害同死亡结果的因果关系可以考虑以下几个因素：①被害人受侵害前的原始状况；②引发被害人死亡的直接原因；③侵害行为的性质与程度，有无引起被害人死亡的危险性；第四，有无外部因素的介入和介入因素的性质与程度。司法实践中情况是极为复杂的，有时伤害行为完成后又介入了其他因素，有时被害人属于特异体质，因此，我们需要从这四个方面综合考虑，科学地认定伤害行为同死亡结果间的因果关系。

（四）对本案的评析

在本案中控辩双方之间对于因果关系的争论可以通过这几个方面查明：①被害人在被殴打前是否处于健康状态，换言之，被害人是否属于由于特异体质而死亡；②被害人在被殴打后救治是否及时，救治不及时是否阻断因果关系；③被害人在 206 室被殴打以后，是否还遭到其他侵害，并由此侵害而最终导致死亡。

根据案件事实和相关理论不难得出结论：

（1）从侵害前身体状况来看，被害人并不存在什么严重致命的疾病。2003 年 3 月 18 日晚 10 时许，被害人孙志刚被收容后因自报有心脏病被送至广州市收容人员救治站 201 室治疗；《广州市收容遣送中转站病员情况通知》也证实 2003 年 3 月 18 日该站医务科医生殷孝玲签发孙志刚因“心动过速待查”而决定送治疗的通知。《广州市收容遣送中转站被收容人员转院病情介绍》证实孙志刚自诉原有心脏病，转院时是头痛、心慌，经检查“脉搏有力，但快而速”。从广州市收容人员救治站《接收“三无”病人名单表》、《被收容人员登记表》、《盲流病人收容表》、《广州市“三无”人员住院病历》证实孙志刚于 2003 年 3 月 18 日由广州市收容遣送中转站送至收容人员救治站，由救治站医生梅尚英负责检查，因孙自称有心脏病史，在被收容期间感到非常紧张等，初步诊断孙志刚有焦虑症及怀疑有心脏病而收治于救治站。这里可以清楚地看出，被害人原本具备心脏病，但并不属于非常危险，仅仅产生了身体不适的症状。

（2）从死亡的直接原因来看，被害人是由于外力打击而死，而非诱发的疾病

致死。经法医鉴定，被害人孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡，当天上午10时许，被害人孙志刚被发现昏迷不醒，后被送至该站医疗室进行抢救，经抢救无效死亡，这并不能说明医院延误了抢救，而且被害人的伤势属于绝对性致命伤，即使医院抢救不及也不能阻断因果关系。书证为救治站提取的《孙志刚病情记录单》、《护理记录》、《长期医嘱单》、《临时医嘱单》、《体温表》，《死亡殡葬证》各一份。证人任浩强（救治站医生），证实2003年3月20日早上10时10分左右，自己给孙志刚抢救时，发现孙心音低、呼吸微弱，血压测不到，10分钟左右，孙就停止呼吸了。自己认为孙的死因是“猝死”。在抢救时，发现孙志刚外露的手掌、脚部有多处皮损，手指因为缺氧已全部发黑。

（3）充分的证据表明各被告人实施了针对被害人的伤害行为。3月19日晚，因被害人孙志刚向到救治站认领被收容救治人员罗某海的亲属大声喊叫求助，引起该救治站护工被告人乔燕琴的不满，并由此产生了犯罪动机，被告人乔燕琴纠合被告人吕二鹏、乔志军、胡金艳密谋伤害被害人孙志刚，指使李海婴等被告人殴打被害人，起策划、组织作用；被告人李海婴在两次殴打被害人孙志刚过程中，均首先动手，且对被害人采取了拳打脚踢、肘击、膝盖撞击背部等殴打方式，殴打时间长；被告人钟辽国采取左、右肘击、将被害人孙志刚推至墙边站立用膝盖撞击等方式殴打被害人；被告人张明君以跳上背部跺、脚踢方式殴打被害人孙志刚；被告人周利伟长时间持续殴打被害人孙志刚；被告人吕二鹏参与密谋将被害人孙志刚调室，并授意同案人殴打被害人，在明知被害人被殴打的情况下，还持塑胶警棍对向其反映情况的被害人猛捅多下。因为尸体解剖分析提到“背部可见多处条形下出血”，尸体解剖报告标明条形大小分别为16cm×0.3cm、12cm×0.3cm、87cm×0.3cm、75cm×0.3cm，这些带有显著特点的伤痕尺寸只有该收容站给护工配置的“警棍”才能形成。最后，没有证据表明有外部因素介入，遑论介入因素的性质与程度。证人江剑辉（救治站护士）、证人雷春秋（救治站护士）、证人任浩强（救治站医生）均证实2003年3月20日早上9时50分，自己发现收治在205房的孙志刚（江经辨认照片确认）趴在床上不动，面色苍白、呼吸急促，双手指甲发紫，脉搏微弱，身体没有什么明显伤痕。自己叫人把孙志刚抬到治疗室抢救，没有证据说明孙志刚又受到其他护工或病人的侵害。

综上所述，辩方认为伤害行为与死亡结果之间不具备因果关系，提出的理由是不充分的，经不起事实的推敲、理论的分析的，因此人民法院的认定是完全正确的，各被告人的伤害行为同孙志刚的死亡之间具有因果关系。

六、胁从犯中“胁迫”之研究

（一）本案引发的问题

在本案中，控辩双方激烈争论的另一问题是部分被告人是否属于胁从犯。广州市人民检察院的起诉书认为，被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、李文星、韦延良、何家红、乔志军、胡金艳无视国家法律，故意伤害他人身体，致人死亡，其行为共同触犯了《中华人民共和国刑法》第 234 条第 2 款的规定，均已构成故意伤害罪。其中被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏在共同犯罪中起主要作用，是主犯；被告人李龙生、李文星、韦延良、何家红、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起次要或者辅助作用，是从犯。其中并没有提到部分被告是在被胁迫的情况下参与伤害行为，而是按照各被告人在共同伤害行为中所起的作用将其分为主犯和从犯。而被告人李海婴、周利伟、张明君、韦延良、何家红、李文星均辩称自己是在护工乔燕琴等人的胁迫下参与殴打孙志刚，属于胁从犯，应当减轻处罚。例如李海婴的律师辩称公诉机关在起诉书中两次有这样的表述“被告人乔燕琴到 206 室窗边向室内的被告人李海婴等人直接‘授意’”，这个“授意”和一般的或者说普通的共同犯罪中的“授意”是不同的，这个“授意”存在明显的胁迫的成分，因为乔燕琴是广州市收容人员救治站护工与“被授意”者李海婴是一种特殊的“管理与被管理”的关系，如果自己不去殴打孙志刚，那么也会遭到类似的身体伤害或摧残。因此，要求合议庭在认定其为胁迫犯的基础上根据他的犯罪情节对被告李海婴作出减轻处罚的量刑。那么本案中护工乔燕琴等人的“授意”属不属于一种胁迫呢？这就涉及刑法中胁从犯重要而又常被忽略的问题，下文从刑法理论和具体认定这两个角度出发，试对胁从犯中的“胁迫”作出界定。

（二）胁从犯的历史演变及理论概述

在中国刑法史上，一直是按照犯罪人的作用将共同犯罪人分为首犯和从犯，例如唐律规定：“诸共同犯罪者，以造意为首，随从者减一等。”作为中华法系的代表成就，唐律注意到共同犯罪中各犯罪人的差别并在刑罚上予以体现，但并不存在胁从犯的单独规定。唐律中体现类似胁从犯的规定有以下两处：第一种是“被驱率者”，《贼盗律》（总第 251 条）规定“谋叛者，绞。已上道者皆斩。”注文在“皆斩”下补充说明：“被驱率者非”。其意思是，“被驱率者”不在绞和斩的范围。疏文更清楚地解释“被驱率者”的涵义说：“元本不共同情，临时而被驱率者，不坐。”胁从之性质十分清楚。第二种情况是“被逼”，《户婚律》（总195 条）是“嫁娶违律”罪，律文指出了作为主婚的尊长与结婚的男女如何确定

其首从的问题，其中有规定说："其男女被逼，若男年十八以下及在室女，亦主婚独坐。"疏文对"被逼"解释说："主婚以威若力，男女理不自由，虽是长男及寡女，亦不合得罪。"概言之，唐律中"被驱率"及"被逼"的特征有下列几点：①原本无犯罪的故意。②参与犯罪是因受胁从，是不得已，如"驱率"、"威若力"等。③作为犯罪主体，不要求是无行为能力的人。④对此种犯罪人处置的原则是免予刑罚，且把这一情况作为一般原则运用。[①] 1911 年的《大清新刑律》对共同犯罪人的分类作出重大修改，即将共同犯罪人分为正犯（实行犯）、从犯（帮助犯）、造意犯（教唆犯），但该刑律也没有涉及"胁从犯"的概念。国民党政权建立后，于 1928 年和 1935 年颁布了两部《"中华民国"刑法》，基本继承了传统的共同犯罪人分类法，同样没有"胁从犯"的相关规定。胁从犯是新中国刑事立法中共同犯罪人分类的一种独特类型，这是我国区别情况、区别对待的刑事政策在立法上的体现，也是"惩办与宽大相结合"政策的体现。其相关规定可以追溯到中国共产党建立和发展革命根据地时期，1932 年 4 月红色苏区颁布的《中华苏维埃共和国反革命条例》第 33 条规定："凡被他人胁迫非本人愿意犯法，避免其胁迫而犯法者，或察觉该项犯罪行为为最终目的者，或与实施该项犯罪行为无关系者，均得按照各该条文的规定减轻或者免除处罚。"[②] 此后类似规定均在刑事法律中予以体现，1963 年全国人大常委会起草《中华人民共和国刑法草案》（修正版）即刑法第 33 稿时，对共同犯罪人的分类基本上取得统一，分为"主犯"、"从犯""胁从犯"和"教唆犯"。以后的两部刑法均沿袭了此种规定：我国 1979 年《刑法》第 25 条规定："被胁迫，被诱骗参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节，比照从犯减轻或者免除处罚。而 1997 年刑法典对此进行了修改，被诱骗参加犯罪的人不再以胁从犯论处，第 28 条规定："对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。"

我国传统观点认为胁从犯是共同犯罪的单一种类，即认为我国刑法对共同犯罪人的分类是采用新的四分法，即分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。这种分类方法主要是以共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用作为分类标准，同时也照顾到共同犯罪人的分工情况，并把"教唆犯"这一类，纳入以"在共同犯罪中所起的作用"为分类标准的分类体系中，从而获得了分类的统一性。[③] 在我国刑法理论中，胁从犯是指被胁迫参加犯罪的人，而对于胁从犯的特征却存在不同的表述：

① 参见钱大群、夏锦文：《唐律与中国现行刑法比较论》，江苏人民出版社 1991 年版，第 181—182 页。
② 参见赵秉志主编：《共同犯罪适用中疑难问题研究》，吉林人民出版社 2000 年版，第 291 页。
③ 参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1982 年版，第 195 页。

第一种观点认为，胁从犯的特征包括：主观上行为人明知自己实施的行为是共同犯罪行为，但从内心而言，行为人本不愿意或不完全愿意参与共同犯罪，只是由于受到他人的暴力威胁才参加了犯罪；客观上行为人虽然参与了共同犯罪的实施，但是其犯罪行为却显得比较消极，缺乏积极主动精神。[①] 第二种观点认为，胁从犯在客观上实施了犯罪行为，主观上明知自己实施的行为是犯罪行为，在可以选择不实施犯罪的情况下，虽不愿意仍然实施了犯罪行为，行为人是因为受他人胁迫而参加犯罪的。[②] 第三种观点认为，胁从犯不仅是被胁迫参加犯罪的，而且在共同犯罪中所起的作用比较小，即处于从属地位。只有这两个条件完全具备，才能认定为胁从犯。在共同犯罪中所起的作用比较小是从行为的社会危害性程度上来说的，至于分工上看，胁从犯的共同犯罪行为可能是实行行为，也可能是帮助行为。[③]

本文认为，第三种观点较为全面地阐述了胁从犯的成立条件，前两种观点虽注重对“胁迫”的把握，却忽视了行为人在共同犯罪中的地位和作用。1997 年《刑法》第 28 条规定：“对于胁从犯，应当按照犯罪情节减轻或者免除刑罚。”由此可知，胁从犯在共同犯罪中只能起到较小的作用，如果行为人在被胁迫参与犯罪后变为自愿或积极从事犯罪活动，甚至成为骨干分子，显然不能按照胁从犯处理。事实上，胁从犯包括“胁”和“从”两个要素，因“胁”而“从”，两者不可或缺。概言之，胁从犯是我国刑法中一种独特的共同犯罪人类型，而“胁迫”更是决定胁从犯成立与否的关键因素。尽管这三种观点的表述有所差别，但均认可了“胁迫”作为胁从犯成立的重要条件。遗憾的是，我国刑法学界对胁从犯中的“胁迫”重视不足，不少论著在论及胁从犯时，对其中的“胁迫”往往忽略不谈，较少正面进行研究。理论的缺憾必然影响到司法实践的开展，在具体案件办理中，如何认定“胁迫”的成立往往成为一个棘手的问题。

（三）胁从犯中“胁迫”的含义

1. 国外刑法中的“胁迫”

（1）大陆法系中之“胁迫”。大陆法系国家对“胁迫”早已开展相关研究，在古罗马时期，法学家就已区分两类胁迫：一类为物质胁迫，又称绝对胁迫，它是对人身施加的胁迫，即暴力，绝对排除他人意愿，这种暴力下的行为无效。这种绝对胁迫，到了后世被认为区别于真正的胁迫。另一类为精神胁迫，就是后世

① 参见王作富主编：《刑法学》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 138 页。

② 参见高铭喧主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2003 年版，第 354 页。

③ 参见陈兴良：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社 1998 年版，第 550 页。

所谓的胁迫，只为迫使某人实施行为而施加的胁迫，罗马人又称“恐吓”，或“对心素施加的胁迫或强制”，保罗称“受限制的自愿”。它被解释为：被胁迫人不绝对排除意愿，而是因为害怕才自愿实施行为。总的说来，罗马法上的精神胁迫一般根据以下要件认定：它是非正义的，即无法律依据；借以实施恐吓的结果是严重的，无论是针对生命、民事自由、还是人身安全，恐吓应足以使一个严肃理性的人留下印象；恐吓应当是为了迫使他人实施行为。①

大陆刑法中并不存在胁从犯这一共犯类型，即使行为人被胁迫而参与犯罪，也是直接参与犯罪事实的实行者，因而被归于正犯的一种。但是，对受到胁迫的犯罪人可以减免处罚，其依据在于行为人在行为时不具备完全的意志自由，缺乏为适法行为的期待可能性。此外，大陆法系各国刑法中规定了紧急避险，指为了避免自己或他人的生命、身体、财产的紧急危险，不得已而对引发这一危险无关的第三者的利益采取的侵害行为。于构成危险的原因并不限于人的行为，还包括自然现象、动物的举动、社会关系等。因此，当行为人因受到胁迫而实施危害行为时，就可以根据价值衡量原则而阻却违法性或阻却责任。② 值得注意的是，大陆刑法中普遍将“胁迫”作为单独的一种犯罪，例如《德国刑法典》第 240 条规定：“恐吓，行为人违法地使用暴力或者通过带有明显恶害的威胁恐吓某人作为、忍受或者不作为的，处三年以下的自由刑或金钱刑。第 241 条规定：“威胁，行为人以对本人或者对他亲近的人实施重罪威胁某人的，处一年以下的自由刑或者金钱刑。”而《日本刑法典》第 222 条规定，以加害他人或其亲属的生命、身体、自由、名誉或者财产相通告胁迫的是胁迫罪。③

（2）英美法系中的“胁迫”。在英美刑法中，“胁迫”（duress）是被普遍规定的一种辩护理由。具体而言，行为人在他人的威胁下被迫实施一定的犯罪行为，如果符合一定的条件，受胁迫就可以作为一种辩护理由。在英美刑法中，认定为被迫行为需要具备这几个要件：①胁迫的程度。只有受到直接致人死亡或是严重伤害的重度胁迫（死伤胁迫），才能构成被迫行为。②胁迫的真实性，即要求行为人认为存在真实的现实危害。胁迫的紧迫性，只有在立即会导致受到生命身体伤害的情况下才能认为是被迫行为。③胁迫的对象，胁迫必须针对人身，包括本人和一定范围内的第三人。④胁迫的效果，并非任何死伤的胁迫都能构成被迫行为，只有这种死伤胁迫迫使得被迫者只得听命于胁迫者外，别无他法，被迫

---

① 参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2001 年版，第 472 页。

② 参见赵秉志主编：《大陆刑法原理》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 130 页。

③ 参见《德国刑法典》，冯军译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 145 页；《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社 1998 年版，第 69 页。

者不得不实施某种客观上为刑事法律所禁止的行为。在英美刑法中，成立胁迫辩护需受到限制：英美刑法中一般都要求胁迫达到使被告人迫不得已而为之的程度；对于胁迫内容的规定也不尽相同，但总体看来将以损害名誉和财产为内容的胁迫不能成立胁迫辩护，即胁迫的内容大致限定于死亡或严重的人身伤害；这种限制是建立在利益衡量理论基础之上的，即损害的利益不得高于自身所受的胁迫。英美各国刑法都对胁迫辩护适用的犯罪种类进行了一定的限制，但限制的范围虽不相同，但大都认为叛国罪和谋杀罪不能适用胁迫辩护。① 在英美刑法被迫行为如果成立，行为人或者不构成犯罪，例如《加拿大刑事法典》第 17 条规定："当场受他人以即刻处死或人身伤害相威胁而强迫犯罪之人，如其系相信威胁即将实施而犯罪，并且也未参与预谋或结伙，应予免除刑事责任。"或者构成犯罪，但不负刑事责任。例如《英国刑法汇编》第 42 条规定："若犯罪者为多人或因受其他犯罪者之威胁立刻有生命危险者，其行为亦得以无罪。"②

2. 胁从犯中的"胁迫"

对于胁从犯中"胁迫"的概念，我国刑法学界主要有以下几种观点：第一种观点认为，胁从犯中的胁迫是指由于各种原因而在精神上受到一定程度的威逼或者强制。并指出在这种情况下，行为人没有完全丧失意志自由，因此仍应对其犯罪行为承担刑事责任。③ 第二种观点认为，胁从犯中的胁迫是指受到暴力威胁等精神强制。④ 第三种观点认为，胁从犯中的胁迫是指以剥夺生命、损害健康、揭发隐私、损毁财物等对行为人进行精神上的强制。⑤ 本文认为，上述观点都注意到"胁迫"源自外部威胁，本质在于精神强制，具备一定的合理性。但是，上述观点也泛化了胁从犯中"胁迫"的概念，未能彰显其特殊性：第一种观点指出了精神强制的程度，但对外部威胁的描述过于模糊；第二种观点未明确精神强制的程度，并且将精神强制的原因限于暴力威胁，缩小了胁迫的范围；第三种观点明确了胁迫的内容，如剥夺生命、损害健康、揭发隐私、损毁财物等，但未能指出精神强制的程度。

事实上，胁从犯中的"胁迫"是由外及内的，它通过外部威胁作用于行为

---

① 参见李立众：《略论被迫行为及其借鉴意义》，载《政法论丛》1999 年第 10 期。

② 卞建林等译：《加拿大刑事法典》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 23—24 页；萧榕主编：《世界著名法典选编》（刑法卷），中国民主法制出版社 1998 年版，第 144 页。

③ 参见陈兴良：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社 1998 年版，第 551 页；高铭暄主编：《刑法学原理》（卷二），中国人民大学出版社 1993 年版，第 480 页。

④ 参见王金彪主编：《新刑法通论》，警官教育出版社 1997 年版，第 98 页。

⑤ 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 354 页。

人，从而使其精神受到了非自然的扭曲，进而参与了共同犯罪行为。该种“胁迫”有下列特征：①指向性特征。在胁从犯中，威胁者的目的并非侵害行为人的利益，而是迫使行为人参与到犯罪中来，从而为犯罪的完成提供便利，这同整个犯罪目的之间呈递进关系，并不相悖。②程度性特征。在胁从犯中，尽管外部威胁使行为人的精神产生了扭曲，但这种精神强制尚存在一定的限度，行为人仍然存在选择的余地；而在完全的身体强制中，受迫者则丧失了意志自由，对行为造成的危害结果没有罪过，故不是犯罪行为。③多样性特征。在实践中，胁迫的表现形式繁多，可能是言语的胁迫，也可能是肢体动作的胁迫；可能是以杀害相胁迫，也可能以揭发隐私相胁迫。概言之，胁从犯中的“胁迫”是指以迫使他人实施犯罪为目的，以侵害人身、财产、名誉等各种利益相威胁，对其精神上施加一定程度的强制。“胁迫”的形式是外部威胁，本质则在于精神强制，两者互为表里，不可或缺。

3. 与相关概念的区别

（1）与民法中“胁迫”的区别。意思自治原则是民法的基本原则之一，当表意人于其意思形成与意思决定受到不当干涉时，法律应当予以保护。各国民法基于此理念，大都有民事胁迫制度的相关规定，我国《民法通则》第58条也规定“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为归于无效”。民法中“胁迫”与胁从犯中“胁迫”存在本质的区别：一方面，民法中“胁迫”的目的是使受迫人放弃正当的民事利益；而胁从犯中“胁迫”的目的是迫使他人实施犯罪；另一方面，民法中“胁迫”的程度往往比较轻微。

（2）与紧急避险中危险的区别。紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危害，不得已采取的另一较小合法权益的行为，是一种正当行为。[①] 首先，紧急避险的起因包括自然力量、动物侵袭、非法侵害行为及人的生理病理过程等等，而胁从犯中的“胁迫”只能是人的行为。其次，在紧急避险中，现实危险直接侵害避险者的利益，而在胁从犯中，外部威胁也可能对行为人造成侵害，但是威胁的真正目的并非加害被迫者，而是指向其他对象。最后，胁从犯实施犯罪可能经过了意志的抉择，最终屈服于胁迫者的意志，而避险行为则可能出于行为人的本能反应。

（3）与分则各罪中“胁迫”的区别。胁从犯中“胁迫”同分则中的“胁迫”

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2000年版，第139—140页。

存在明显差别。[①] ①两者在犯罪构成中的地位不同。前者是总则规定的共同犯罪人种类之一——胁从犯的内容，是影响刑事责任的因素；后者是犯罪手段的一种，属于犯罪构成的客观要件。②两者实际侵害对象不同。前者的实际侵害对象并非被迫者，只是通过被迫者的力量或者便利条件完成犯罪。而分则中"胁迫"是实施犯罪的手段之一，其实际侵害对象就是被迫者。③除了一些只惩罚首要分子的犯罪，胁从犯几乎可以出现在所有犯罪中，而分则中的"胁迫"手段需要明文规定。④被迫者在犯罪中地位不同。胁从犯中的被迫者本身也是犯罪人，与胁迫者共同实施了某种危害社会的行为，后者的被迫者本身就是受害人。

概言之，胁从犯中的"胁迫"涉及了三方关系：第一方是威胁方，也就是共同犯罪中的主犯，该方实施了威胁行为，并于其后的共同犯罪中起到主导作用；第二方是被迫方，该方受到外部威胁，并参与了其后的共同犯罪行为；第三方是被害方，这可能是他人的生命、健康、财产权利，也可能是某种社会管理秩序。第一方是纯粹的加害者，第二方既是受害者，又是加害者，而第三方则是纯粹的受害者。反之，作为犯罪手段之"胁迫"则仅涉及两方面关系，即威胁方与被迫方，威胁方是加害者，被迫方即是被害者。威胁方以强力恫吓被迫方，使其不能或不敢反抗，从而侵害被迫方的人身、财产权益。胁从犯中"胁迫"的三方关系体现了鲜明特色，是区别于分则中"胁迫"的关键所在。

（4）与完全身体强制的区别。在胁从犯中，行为人仍具有一定的意志自由，犯罪行为仍然受到意志的支配。尽管外部威胁使行为人的精神产生了扭曲，但这种精神强制尚存在一定的限度，行为人仍然存在选择的余地；在完全的身体强制中，被迫者丧失了支配自己行动的意志自由，对行为造成的危害结果没有罪过，故不是犯罪行为。

（四）胁从犯中"胁迫"的认定

1. "胁迫"的认定标准

在日本刑法理论中，胁迫是指以使产生恐怖心理的目的而向他人告知恶害。被告知的害恶，必须达到足以使人恐怖的程度。但对于胁迫的认定又存在主观说和客观说的分歧。主观说认为以是否足以使特定的被害人产生恐怖心理为标准，客观说主张以是否足以使一般人产生恐怖心理为标准。通常认为，以主观说较为妥当。在行为人明知被害人为胆小者或者迷信者，告知的害恶未必能使一般人产

① 我国刑法分则中不少犯罪都将"胁迫"作为客观构成要件之一，例如抢劫罪，强奸罪，劫持船只、汽车罪，强制猥亵、侮辱妇女罪，拐卖妇女、儿童罪等等。

生恐怖心理，但只要能使该被害人产生恐怖心理就够了。[①] 鉴于人类内心世界是复杂的，每个人的心理承受能力都存在差异，同样的威胁对不同的人会产生不同的效果，有些人可能噤若寒蝉，有的人可能若无其事。总体看来，客观说力求制定整齐划一的标准，而无视个体的特异性，是不足取的。因此，我们应从行为人的角度出发，而不是从社会一般人的角度出发，对胁从犯中的胁迫进行认定。

但是，在我国刑法理论框架下，应如何建构胁迫的认定标准呢？本文认为，我们应当坚持主客观相统一的标准，对胁从犯中的"胁迫"进行认定。在实践中，我们应当从客观事实出发，由外及内，判断行为人的精神是否受到强制。首先，对"胁迫"的形式——外部威胁进行判断。胁从犯中"胁迫"的成立需要外部威胁的现实存在，而不是假想的、推测的存在，如果实际上并不存在外部威胁，行为人由于认识错误而"推测"出威胁的存在，就不能认定为成立精神强制。借用德国学者麦耶（M. E. Mayer）的一个著名比喻，外部威胁与精神强制之间是一种烟与火的关系，外部威胁是精神强制赖以成立的客观基础，无前者必然无后者。其次，对"胁迫"的本质——精神强制进行判断。精神强制的本质是制造他人精神上的恐惧感，并以此迫使他人违背自身意志，屈从于他人意志。精神强制属于主观范畴，但我们可以通过考察这些要素予以认定：威胁的程度与可能性、威胁者和被迫者的个人情况、威胁的客观背景、被迫者实施的犯罪等。值得注意的是，这些要素不是孤立存在的，我们应当全面考虑，综合评价，以最终判断精神强制是否成立。

2. 第一步骤：判断外部威胁是否存在

威胁是指"以强大力量逼迫恫吓使人屈服"，[②] 它是一种表意行为，能够被较为直观地把握。实践中，威胁可分为以下几种类型：

（1）根据威胁方式的差异，可分为口头威胁和身体威胁，前者是指以言辞威胁他人以产生精神强制的效果，如果对方不按照指令行事，侵害将会发生；后者则是以身体动作威胁他人以产生精神强制的效果，例如推搡、殴打他人。

（2）根据威胁手段的差异，可分为积极威胁和消极威胁，前者是以积极的动作胁迫他人；后者是以消极不履行事务的手段来迫使他人服从自己意志，实施犯罪行为，例如不为对方办理转正手续、提干等等。

（3）根据威胁时机的差异，可分为当场威胁和嗣后威胁，前者指如果对方不

① 参见［日］大塚仁：《刑罚概说（各论）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 81—85 页。

② 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典（修订本）》，商务印书馆 2001 年版，第 1306 页。

按照自己的指令行事，损害将当场实现；后者指如果对方不按照指令行事，损害将在将来实现。例如犯罪人窜入单位武器库，叫醒正在睡觉的值班人员，哄骗其开门，强行进屋，用棍棒逼迫对方，令其打开武器库，这种威胁就是典型的当场威胁。

（4）根据侵害对象的差异，可以分为侵害本人的威胁、侵害他人的威胁和侵害自我的威胁。在大多数情况下，为使他人加入到共同犯罪中是以其自身为侵害对象的，如果对方不按指令行事则自身利益将遭到损害。但是在司法实践中，侵害的对象还包括与本人有密切联系的人例如其亲属等，在特殊情况下，还可能以自己进行侵害来胁迫他人犯罪。[①] 事实上，胁从犯的本质特征是行为人受到了精神上的强制，至于是以侵害何人的利益相威胁，不影响精神强制的产生。

（5）根据威胁内容的差异，可分为侵害人身的威胁、侵害财产的威胁和侵害名誉的威胁。在实践中，外部威胁的内容可能是杀害或伤害他人；可能是毁坏、非法占有他人财物；可能是揭发他人隐私、毁坏名誉等。此外，现实中的威胁内容不仅限于此，以从属关系和求助关系为基础，以调动、升学、提拔、授予荣誉称号等他人的非财产性利益为要挟，同样是可能的。

3. 第二步骤：判断精神强制是否形成

精神强制是意志自由的相对概念，它属于主观范畴，因此，如何判断精神强制就成为司法实务中的棘手问题。本文提出了若干考察要素如下：

（1）威胁的程度与可能性。有学者认为，“受胁迫参加犯罪是胁从犯的主观特征，至于他人采用何种方法进行威胁、威胁的程度如何，对胁从犯的成立没有影响。”[②] 本文认为，这种观点是缺乏科学依据的，外部威胁对于胁迫成立与否具有重要意义，如果外部威胁的程度过于轻微，内容过于荒谬，当然不能认为胁迫的成立。一方面，我们应对根据威胁的内容、方式和手段，对威胁程度做出轻重的考评，过于轻微的威胁不具备精神强制的可能性，例如以推搡他人相威胁；另一方面，我们必须摈弃那些荒谬的、按照自然规律根本不可能实现的威胁，例如以诅咒他人相威胁等。原则上，“迷信”的威胁不应成为精神强制的基础，但

---

① 有这样一个案例，被告人王某提出抢劫一辆出租车。徐某、高某均不同意。王便对徐、高二人说，若不同意抢车，他就要自杀。徐某、高某二人再未反对。随后，三人租乘一辆红色奥拓车。在车上，王某提出抢劫该车，徐某不同意，王某又以自杀相威胁，高某表示同意。当车行驶途中，王某以上厕所为名，让司机停车，车还未停稳，王某随即用黑色皮裤带勒住杨某的颈部。司机奋力反抗，挣脱，打开车门往外跑时，三人将杨某向车内拉，杨某拼命挣扎逃脱。王某驾车带徐某、高某逃跑，途中轿车翻落路边，轿车报废。参见《被以自杀相威胁而参与犯罪者是从犯还是胁从犯?》，载《中国法律教育网》www. chinalawedu. com。

② 参见姜伟：《犯罪形态通论》，法律出版社 1994 年版，第 267 页。

是，如果迷信者受到此类威胁而参与了犯罪，则可在刑罚裁量中作为酌定情节考虑。

（2）威胁者和被迫者的个人情况。鉴于物质世界的差异性，每个被迫者的个人感受力也存在差异。因此，同样的威胁就可能造成截然不同的效果，有些人可能受到精神强制，有些人则可能若无其事。例如以侵害同等数额的财产为威胁，对贫困者和富裕者的精神强制力是截然不同的；又如以人身侵害作为威胁，对身负武术者、身体健康者、体弱多病者的精神强制力也是炯然相异的。同理，实践中每个威胁者实现威胁的能力也是不同的，由此带给他人心理的恐惧感也具有程度的差异。同样以杀害他人相威胁，手持武器者和手无寸铁者给他人造成的精神强制力是有差异的；同样以侵犯他人财产相威胁，健康人与残疾人的实现能力也显然不同。

（3）外部威胁的客观背景。从客观背景来看，如果威胁不具备侵害的现实危险，就难以对人产生精神强制。例如甲以伤害乙为要挟，使乙提供便利帮助盗窃，而从当时的情况看，乙具有足够的个人能力和逃避机会，就不能认定为其精神上受到强制。此外，特定的时间、地点都会对精神强制造成或多或少的影响，在闹市和偏僻的仓库发出同样的威胁，在白昼与黑夜发出同样的威胁，都会产生不同的精神强制力。因此威胁的背景因素也是重要的考察要素之一。

（4）被迫者实施犯罪的社会危害性。有观点指出，“某一种胁迫手段还没有达到足以使人去犯罪的程度，就不能认定为胁从犯。对于以揭露被胁迫人的隐私、劣迹，损毁其名誉、人格，以及利用从属关系和求助关系进行的胁迫，原则上就不应当认定为胁从犯。”① 这种观点是值得探讨的，如果行为人受到揭发隐私等威胁，就实施了故意杀人、危害公共安全等严重犯罪，难以说精神上受到了强制，但是，如果行为人基于此威胁实施侵害他人名誉的轻微犯罪，则具备精神强制的可能性。上述观点指出了威胁的程度特征，但并未采用价值衡量的评判方法，因而是片面的。如果不将两者进行比较，那么犯罪人只要受到胁迫，无论轻重，就一定减免刑罚吗？这显然不是立法者的原意所在，且为许多反对胁从犯分类方式的学者所诟病。因此，我们可以采取价值衡量的方法，将外部威胁同行为人实施犯罪的社会危害性进行对比。如果前者的社会危害性大于或相当于后者，大致可以判断精神强制的成立；如果前者的社会危害性远小于后者，我们就不认为行为人受到了精神强制。具体而言，我们可以从其侵害的法益、侵害的手段等方面进行价值衡量，当被迫者受到轻度胁迫而实施严重犯罪时，就很难说精神受

① 参见陈忠槐：《略论胁从犯》，载《法学研究》1986年第5期。

到了强制。

（五）对本案的评析

在本案中，被告人李龙生、韦延良、何家红提出自己被胁迫参与殴打被害人的辩解意见，被告人李文星的法定代理人及有关辩护人提出李海婴、周利伟、张明君、李文星是胁从犯的辩护意见。人民法院认为，被告人乔燕琴、吕二鹏虽然有指使李海婴等被告人伤害被害人孙志刚的行为，但各被告人以此认为系被告人乔燕琴、吕二鹏胁迫没有证据，本案也没有证据能证实被告人李海婴有强迫、威胁其他被告人殴打被害人孙志刚的行为，故上述被告人及其辩护人所提意见据理不足，不予采纳。

从形式上看，被告人乔燕琴等人仅仅是通过口头的言语指使他人殴打孙志刚，并没有明确表示或者通过身体动作表示如果不进行，将对这些人进行侵害。被告人辩解在救助站，护工的权力非常大，如果不遵从其意志则可能以后受到侵害，但是这并不代表各被告人受到了胁迫。上述被告人的辩护人认为，在这个生存状况恶劣、管理紊乱的救治站中，这种极度暴力的护工的“指使”和一般的或者说普通的共同犯罪中的“指使”是有天壤之别的，这个“指使”存在明显的胁迫的成分，指使就意味着如果不按照护工的意志去做，将遭受类似或者更严重的伤害。例如周利伟在 2003 年 5 月 15 日的供述中讲到“那个男子跪在水泥床的中间的地上求饶，让我们不要打了”，但是李海婴说“是护工哥让我们打你，我们不打你，护工哥就会打我们的”，周利伟本人也认为“必须要打到护工满意为止”，当打完第一次后，被告护工吕二鹏走到 206 室，在窗外向里面人员表示打得不够狠，并举起双拳要求必须狠狠地打，这样又发生了第二次殴打事件。① 从救治站的情况可以看出，护工和所谓的“病人”确实不平等的地位，护工也可能对其进行人身侵害，但是这并不表明被告人乔燕琴胁迫他人，从各种证据可以清楚地看到，被告人乔燕琴等人授意殴打孙志刚，而没有以言语、手势、动作等表示出对他人的威胁。在听到乔燕琴的指示后，从各被告人对孙志刚进行殴打的力度、性质和持续时间看，各被告人对孙志刚的侵害意图明显而又强烈，并不是迫于外部威胁而违背自己意志，为保护利益而实施的伤害行为。从实质上看，没有证据表明上述被告人受到了精神强制，被告人所辩称的胁迫其实是一种主观的臆断，是没有客观事实所支持的，故不成立胁从犯。

① 参见《梁国雄律师为孙志刚案第二被告人李海婴辩护词》。

七、对酌定量刑情节的若干思考

（一）本案引发的问题

广州市中级人民法院的判决书指出本案具备如下情节："在本案中，被告人乔燕琴提起犯意，纠合被告人吕二鹏、乔志军、胡金艳密谋伤害被害人孙志刚，指使李海婴等被告人殴打被害人，起策划、组织作用；被告人李海婴在两次殴打被害人孙志刚过程中，均首先动手，且对被害人采取了拳打脚踢、肘击、膝盖撞击背部等殴打方式，殴打时间长；被告人钟辽国采取左、右肘击，将被害人孙志刚推至墙边站立用膝盖撞击等方式殴打被害人；被告人张明君以跳上背部跺、脚踢方式殴打被害人孙志刚；被告人周利伟长时间持续殴打被害人孙志刚；被告人吕二鹏参与密谋将被害人孙志刚调室，并授意同案人殴打被害人，在明知被害人被殴打的情况下，还持塑胶警棍对向其反映情况的被害人猛捅多下。上述六被告人在共同犯罪中起组织、策划或主要、积极作用，是本案的主犯，对提起犯意、指使、纠合其他被告人实施伤害行为的被告人乔燕琴应予从严惩处；对被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏应当按照其所参与的全部犯罪处罚。被告人李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起辅助、次要作用，是从犯，且被告人李文星在犯罪时未满 18 周岁，依法应从轻或减轻处罚，根据上述被告人的犯罪情节、作用，对被告人李龙生、韦延良从轻处罚，对被告人何家红、李文星、乔志军、胡金艳减轻处罚。"由此可以看出，法院认定的处罚情节如下：

（1）被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏在故意伤害孙志刚案件中起主要作用，是主犯，根据我国《刑法》第 26 条第 3 款规定，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。被告人李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起辅助、次要作用，是从犯，根据刑法规定应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

（2）被告人李文星在犯罪时未满 18 周岁，依法应从轻或减轻处罚。这样问题就应运而生了，作为同法定量刑情节相对应的概念，本案中存在哪些酌定量刑情节？它们属于从轻还是从重？故下文以酌定量刑情节基本理论为切入点，试对故意伤害罪及本案中的酌定量刑情节进行分析。

（二）酌定量刑情节的含义及内容

1. 酌定量刑情节的含义

我国刑法学界对酌定量刑情节主要有以下几种观点：第一种观点认为，酌定量刑情节是指刑法未作明文规定，根据刑事立法精神与有关刑事政策，由人民法

院从审判经验中总结出来的，在量刑时需要酌情考虑的情节。[①] 第二种观点认为，酌定量刑情节是指我国刑法认可的，从审判实践经验中总结出来的，对行为的社会危害性和行为人的人身危险性程度具有影响的，在量刑时灵活掌握，酌情适用的各种事实情况。[②] 第三种观点认为，酌定量刑情节是指刑法未作明文规定，司法机关和理论工作者根据刑事立法和有关刑事政策结合司法实践总结出来的，由审判机关在量刑时应当灵活掌握和酌情适用的情节，并指出这类情节只能在法定刑幅度内从轻或从重处罚，禁止用于加重和减轻处罚。[③] 这些观点都指出酌定量刑情节形成于审判实践，运用于刑罚裁量、基于立法精神和刑事政策，明显具有合理性，但还需进一步的完善。事实上，科学界定酌定量刑情节需注意以下两个问题：

（1）酌定量刑情节的法定性与法律依据。酌定量刑情节在我国刑法中是否也有明文规定呢？理论界较多学者持否定说观点，也有人提出反对意见，认为酌定量刑情节的适用是有其法律依据的（即《刑法》第 57 条）。本文认为，酌定量刑情节具有刑法依据，但不具备内容的法定性，要将这两者区别开来。首先，酌定量刑情节的存在并非空穴来风，能够在法律中找到依据。《刑法》第 57 条规定："对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。"其中的"犯罪的情节"是指犯罪行为实施过程中影响定罪量刑的各种客观事实情况。它不仅包括确定的量刑情节，如犯罪中止、犯罪未遂等，而且也是关乎犯罪行为实施过程中影响量刑的酌定情节（如犯罪手段、犯罪对象）的概括性规定；换言之，在犯罪行为实施过程中，影响刑罚裁量的灵活因素有明确的法律依据。值得注意的是，《刑法》第 57 条并未包含刑罚个别化原则，它没有规定表明再犯可能性的个人因素，而个人因素是酌定的量刑情节的一个重要组成部分。其次，酌定量刑情节不具备内容的法定性。是否具备法定性是酌定量刑情节与法定量刑情节的本质区别所在，也是由酌定情节的本质特征所决定的，因为在千差万别的个案中，酌定量刑情节的存在范围极为广泛，将其一一具体规定既不可能也不必要。我国大陆刑法并未明确规定其内容，但一些国家或地区的刑法中将酌定量刑情节予以概括列举，例如我国台湾地区《刑法》第 57 条（事由）规定："科刑时应审酌一切情状，尤应注意左列事项，为科刑轻重之标准：犯罪之动机，犯罪之目的，犯罪时所受之刺激，犯

---

① 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2000 年版，第 443 页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 2002 年版，第 358 页。

③ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 268 页。

罪之手段，犯人之生活状况，犯人之品行，犯人之智识程度，犯人与被害人平日之关系，犯罪所生之危险或损害，犯罪后之态度。”① 认为刑法未规定酌定量刑情节是不甚妥当的，而认为酌定量刑情节具有法定性同样是不够科学的。

（2）刑罚裁量中考虑之必要性。相对于法定量刑情节，酌定量刑情节对量刑功能具有明显的不确定性，由于法律不可能事先对各种具体酌定量刑情节一一列举，自然也不可能事先规定酌定量刑情节对量刑的影响是从宽还是从严。但是，酌定量刑情节在量刑中的不确定并不代表这是可考虑可不考虑的；反之，能够成为酌定情节的若干事实能够体现犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性，在审判中应予以考虑。例如犯罪人在盗窃后具有悔改表现，并得到失主的肯定，难道这种情况是可考虑可不考虑的吗？“酌定”是指此类情节需要法官通过具体案件予以认定，从轻还是从重、如何从轻从重这些内容是灵活掌握、酌情适用的，并不是指这些事实在司法适用时可以“酌情”考虑。在我国刑法理论界，不少人认为酌定量刑情节只是量刑时酌情适用、可有可无的情节；在司法实践中，这种看法更为普遍，不少法官对究竟什么是酌定量刑情节，在量刑时应考虑的酌定量刑情节包括哪些甚至都不了解，以至于他们在量刑时随意性极大，成为导致量刑偏差的重要原因之一。②

故本文认为，酌定量刑情节是指刑法认可但未明确规定具体内容，根据立法精神与刑事政策，由人民法院从审判经验中总结出来的，在量刑时应当酌情考虑的主客观事实情况。

2. 酌定量刑情节的内容

酌定量刑情节可以在任何案件中找到，而法定情节却远非如此，因此无论在理论研究还是司法适用中，酌定情节理应起到更加重要的作用。当然，酌定量刑情节不是不可认识和琢磨不定的，它还是具有一定的范围和表现形式，就需要我们从审判实践中加以抽象总结和归纳研究。酌定量刑情节是多种多样的，但是在刑事审判实践中常见的酌定量刑情节，主要有以下几种：犯罪的手段、犯罪的侵害对象、犯罪的损害结果、犯罪的时间地点、犯罪的动机、犯罪后的态度、犯罪人的一贯表现等等。③

酌定量刑情节的范围与法定量刑情节成反比例关系，即法定量刑情节越多，酌定量刑情节范围会相对缩小。从我国国情来看，过于宽泛的酌定量刑情节游离

① 参见刑事审判网：http：//www. gojudge. net/law/ShowArticle. asp？ArticleID=236。

② 参见莫开勤：《量刑公正的重要视角——酌定量刑情节新探索》；载赵秉志主编：《刑法评论》，2004 年第 5 期，第 149 页。

③ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社 2000 年版，第 273 页。

于刑法明文规定之外，于刑事法制并非一件益事。因为酌定量刑情节也是法官自由裁量权在量刑中的具体体现，但由于我国各层级、地区间法官的法律素质差异，实践中对酌定量刑情节的认识不一，任由法官自由定夺，易生量刑偏差。为此，对于司法实践中经常使用、条件具备、时机成熟的酌定量刑情节，应尽快通过立法程序使之法定化。本文认为，对酌定量刑情节法定化包括总则和分则两个方面；在分则各罪中，对于那些在实践中经得住检验、达成共识的酌定情节自然可以法定化，但是想要把所有的酌定量刑情节都在法律上予以确立是不可能的，仅属于犯罪动机的酌定情节，就可以包括仇恨动机、贪财动机、报复动机等等。另一方面，在总则中将酌定量刑情节予以规定，就可以起到提纲挈领的作用。例如《德国刑法典》第 46 条（量刑的基本原则）规定："在量刑的时候，应权衡对犯罪人有利和不利的情况。特别应注意下列事项：犯罪人的动机和目的，行为所表露的思想和行为时的意图，违反职责的程度，行为方式和犯罪结果，犯罪人的履历、人身和经济状况，及犯罪后的态度，尤其是为了补救损害所做的努力。属于法定犯罪事实的，可不予考虑。[①] 因此，我国《刑法》第 57 条可修改为："对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实；犯罪的性质、情节、对于社会的危害程度及犯罪人的人身危险性，依照本法的有关规定判处。"并在第 63 条后增加一条："犯罪分子不具有本法规定的从重、从轻、减轻处罚情节的，对犯罪分子决定刑罚的时候还应当考虑下列事实：犯罪的手段、犯罪的侵害对象、犯罪的损害结果、犯罪的时间地点、犯罪的动机、犯罪后的态度、犯罪人的一贯表现。属于法定犯罪事实的，不予考虑"。

（三）民愤应否成为酌定量刑情节

1. 民愤不应成为酌定量刑情节

民愤能否作为酌定量刑情节是刑法学界争议的焦点之一，存在肯定说和否定说两派，肯定说认为，民愤的大小，体现着犯罪对人们既存的价值观念的破坏程度，是人们心理上原有的价值平衡因受犯罪的冲击而失衡的严重程度的外化。同时，民愤的大小又反映了人们对犯罪的否定评价的严厉性程度，内含着人们要求惩罚犯罪以求恢复价值的心理平衡的愿望的强度。[②] 否定论者认为，把民愤的有无和大小作为量刑的重要依据之一，没有理论与法律上的依据，有悖于刑罚的目

---

① 徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》，中国法制出版社 2000 年版，第 57 页。

② 参见陈兴良：《刑法适用总论》（下卷），法律出版社 1998 年版，第 335 页；邱兴隆、许章润：《刑罚学》，群众出版社 1988 年版，第 262—263 页。

的。[1] 本文支持否定论的观点，即民愤不应成为酌定量刑情节，因为肯定论者的前提难以成立：首先，他们把民众假设为理性人，把民愤假定为理性而正当的情感表示。民愤是一个以感情成份表现出来的公众舆论，与理性产物的法律是有区别的，社会主义社会从不剥夺人们有表露感情的权利，但不会承认感情可以作为量刑的根据之一。民愤属于感性认识，容易受到错误导向，尤其是在少数人别有用心去歪曲事实、刻意煽动的情况下，例如明末蓟辽督师袁崇焕因满人的反间计所害，但民众对此是何反应呢？《明季北略》里对于袁崇焕之死有这样的记录，“遂于镇抚司绑发西市，寸寸脔割之。割肉一块，京师百姓从刽子手争取生啖之。刽子乱扑，百姓以钱争买其肉，顷刻立尽。开膛出其肠胃，百姓群起抢之，得其一节者，和烧酒生啮，血流齿颊间，犹唾地骂不已。拾得其骨者，以刀斧碎磔之，骨肉俱尽，止剩一首，传视九边。”[2] 从当时情况看激起的民愤可谓登峰造极了，可是民众是出于一种盲目无知的冲动，对于真实情况缺乏清醒认识。其次，在现代社会中，“民愤”容易受到媒体的影响甚至误导。当前各种媒体对社会的影响日渐扩大，已成为人们获得信息的主要方式，因此作为案件事实与民众反应的中介，媒体的地位不容小觑，然而，媒体的报道并不是完全客观的：对于一些易激发大众注意力的案件，媒体往往加大力度进行报道；在落后偏远地区和经济发达地区，媒体的影响力是显著不同的；媒体自身及从业人员良莠不齐，存在不少报道失实的情况。最后，犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性是量刑的依据，支持论者将民愤大小与量刑依据绝对对应，忽视了相当数量的例外情况。民愤是说明群众对某一犯罪行为或犯罪人的憎恶或愤恨的一种表现于外部的心理状态，反映人们对犯罪的否定评价程度；而量刑是审判机关代表国家对犯罪行为进行的否定评价。两者评价的对象都是犯罪和实施犯罪的行为人，量刑轻重只能根据行为社会危害程度及行为人人身危险性程度，而民愤产生的根据也莫不如此。因此，较为科学的认识应该是：民愤在多数场合反映犯罪对社会危害程度及犯罪人的人身危险性程度，我们还应清醒地看到，毕竟在实践中还存在着相当数量的例外，即民愤根本不能反映犯罪的社会危害性和人身危险性。因为民愤来源于群众对案情的了解程度以及对群众伦理道义情感的侵害程度，造成民愤的一个重要原因就是社会民众公认的某种价值感受到了伤害，一些非犯罪案件甚至没有非常大的社会危害性的案件，可以造成极大的民愤，而一些社会危害极大的案件，却由于普通群众缺乏了解与关注的兴趣，而在群众中默默无闻。民愤重大的

① 参见伍柳村、左树声：《民愤能否作为量刑的依据》，载《法学研究》1989 年第 4 期。

② 参见《明季北略》。

案件往往是自然犯如杀人、强奸，而走私、偷税等行政犯一般不易激起民愤，更有秘密审理的国家安全案件不为民众所知。因此，民愤并不必然代表犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性大小，如果将认为民愤是酌定量刑情节，总体看来是弊大于利的。

2. 民愤对刑罚裁量的影响

民愤不能作为酌定量刑情节，并不说明它对刑罚裁量没有任何作用。

（1）民愤要求刑罚的适用要体现及时性原则。一些恶性案件发生后，民愤极大，甚至妨害了正常的社会秩序。如果司法机关及时、快速地对犯罪人适用刑罚，就有利于尽早恢复民众的内心价值平衡，有利于稳定社会秩序；反之则可能将民愤进一步激化，给社会带来诸多不利因素。正如刑法之父贝卡里亚指出："刑罚跟随犯罪来得愈快，它们之间的间隔愈小，刑罚就愈公正，愈有益处。"①第六届全国人大常委会第二次会议上通过的《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》中规定对杀人，强奸、抢劫，爆炸和其他严重危害公共安全应当判处死刑的犯罪分子，主要犯罪事实清楚，证据确凿，民愤极大的，应当迅速及时审判。

（2）民愤要求罪责刑相适应原则的贯彻。如上所述，民愤与量刑依据——犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性并非一一对应，但是在某些情况下，民愤作为对犯罪和犯罪人的社会反映形式，对量刑能够起到一定的借鉴作用。这就要求司法机关更加遵循罪责刑相适应原则的要求，区分不同情况，明确民愤和酌定量刑情节之间的区别和联系。在刑罚的适用中，应当严格依据事实与法律，既保证加之于犯罪人的刑罚的不可避免性，同时实现社会公正，稳定民众的守法价值观。

（3）要正视民愤对死刑适用的影响。在刑法人性色彩日益浓厚的今天，死刑的限制直至废止已是大势所趋。而在我国的审判实践中，却往往因案件的民愤大就倾向适用死刑，在可杀可不杀的情况下，考虑到民愤极大而倾向适用死刑，并出现了"不杀不足以平民愤"这样一种奇特的死刑适用观。民愤极大固然可能反映案件事实、可能给社会稳定带来负面，但是最终决定死刑适用的是事实本身和《刑法》第 48 条规定的"罪行极其严重"，平息民愤固然重要，但这不能以无辜者的生命作为代价。因此，司法机关在审判过程中要摈弃案件事实与法律之外的任何因素，防止受到民愤等感性因素的左右，严格贯彻我国"少杀、慎杀、可杀可不杀的坚决不杀"的死刑刑事政策。

---

① 参见［意］贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 2003 年版，第 56 页。

（四）“以强凌弱”应上升为法定量刑情节

1．“以强凌弱”的含义

司法实践中经常出现“以强凌弱”的案件，即生理、社会强势者对弱势者的生命、健康、自由、财产等权利进行侵害。在“以强凌弱”的情况下，犯罪人与被害人之间多处于一种从属关系，被害人的力量由于生理、社会原因受到某种程度的限制，从而在基本权利遭受侵害时缺乏自我防卫能力。犯罪人与被害人的控制关系可能基于非法活动，可能基于国家赋予的合法权利，也可能基于纯粹的物理力量。以“转化型”的故意伤害罪为例，在非法拘禁的情况下，伤害行为实施前被害人的人身自由已遭到剥夺；在刑讯逼供、虐待被监管人的情况下，被害人基于国家侦查权、刑罚执行权受到人身限制，从而为其后的伤害行为提供了便利；在非法运送他人出入国（边）境的情况下，被害人的一举一动都在运送者的掌握中，尤其是在海上偷越国边境的情况下，被害人简直处于孤立无援的境地，其维持基本生命需要的食品、淡水都掌握在侵害者手中。在这种情况下，被控制一方不但缺乏攻击控制一方的能力，而且缺乏自我防护的力量。犯罪人正是基于一种“欺软”的心态，依仗强力对弱者进行侵害。

事实上，“以强凌弱”的情况已经引起了我国有权机关的关注，在刑法典和司法解释中也予以体现：

（1）《刑法》第 238 条非法拘禁罪中规定：“国家机关工作人员利用职权犯前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。”

（2）《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定：盗窃公私财物接近“数额较大”起点，具有下列情节之一，也可以追究刑事责任：盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的。盗窃救灾、扶贫。属于认定为“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”。

（3）《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条规定：“下列情形之一，可以以抢劫罪从重处罚，抢夺残疾人、老年人、不满十四周岁未成年人的财物的。抢夺救灾、抢险等款物的。”这就以法律的形式明确了非法拘禁罪、盗窃罪、抢夺罪中对社会弱势群体的保护，在司法实践中可以起到较好的适用效果。但是仅仅这些规定是不足的，根据我国刑法通说，犯罪的侵害对象属于酌定量刑情节，换言之，在现阶段的审判实践中，“以强凌弱”是作为酌定从重情节出现的，鉴于法官个人素质及客观环境的影响，审判中对该种情况往往认识不一，从而出现罪刑差异较大的情况。总体看来，我国立法、司法机关注意对未成年人、残疾人、老年人、怀孕妇女等生理弱势者的侵害，却往往忽视了对贫困人口、被监禁者等社会弱势者的权利保障。

2. 对我国刑法完善的建议

本文认为，根除这一现象的方法就是将上述结论以法律的形式固定下来，使之具备普遍的约束力。我们首先将犯罪主体同犯罪对象之间进行比照，在行为人主观明知的情况下，两者在生理、社会上力量悬殊越大，意味着犯罪人具有更强的主观恶性和人身危险性，犯罪行为也可能造成更大的社会危害。从罪刑均衡的角度看，“以强凌弱”的行为者应当承担更严厉的刑事责任。康德认为：“根据罪刑之间的价值等同性，如果一个社会地位较高的人粗暴地侮辱了一个社会地位较低的无辜公民，他不但要被判向被害人道歉，而且会因此受到单独的和痛苦的禁闭，以加重他的难受。”[①] 因此，现行刑法可以在总则中规定：“犯罪人对明知正在怀孕的妇女、幼年人、其他没有自卫能力或孤立无援的人或者从属于犯罪人的人实施犯罪的，从重处罚。”

“以强凌弱”法定化的原因主要包括以下两方面：

（1）“以强凌弱”在国外及我国地区刑法中已有所体现。《俄罗斯刑法》第63条规定：“对犯罪人明知正在怀孕的妇女实施犯罪，以及对幼年人、其他没有自卫能力或孤立无援的人实施犯罪或者从属于犯罪人的人实施犯罪的，加重处罚。”[②] 这几种加重情节都是基于被害人所处的某种状态，从而被犯罪人了解并在实施犯罪时加以利用。由此可以看出，俄罗斯刑法不仅反映了对生理上的弱势群体——未成年人和怀孕妇女的保护，而且能够反映对社会原因所造成的弱势群体的保护。我国澳门地区“刑法”也存在类似的法定加重情节，第160条规定：“对被容留者之性侵犯，前提是利用自己在下列场所以任何资格执行之职务后担任之官职，与被容留于该场所，且以任何方式交托予自己或由自己照顾之人，为重要性欲行为者，处一年至八年徒刑。”第171条规定：“被害人在等级关系或劳动关系从属行为人或在经济关系上依赖行为人，而犯罪利用此等关系而实施者。其最低及最高限度均加重三分之一。”[③]

（2）“以强凌弱”具有更大的社会危害性和人身危险性。一方面，行为人明知被害人的弱势地位，仍萌发侵害故意，实施危害行为，具有强烈的主观恶性。被害人本已处在弱势地位，自我防护能力不足，在这种情况下一般的侵害行为往往对被害者造成更大的生理、心理创伤，严重损害社会公众的道义情感，具有更大的社会危害性。“弱肉强食”虽然是自然界的规律，但在文明的社会中，依仗

---

① 参见［德］康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第166页。

② 参见黄道秀译：《俄罗斯刑法典》，中国法制出版社1996年版，第26页。

③ 参见赵秉志主编：《澳门刑法典、澳门刑事诉讼法典》，中国人民大学出版社1999年版，第300页。

强势对于弱小者进行肆无忌惮的侵害是严重损害社会道义的，如果罪犯披上权力的外衣，如果罪犯用众人的行为掩盖自己的行为，尽管他的身份很特殊，也会让惊恐增加而非减少，例如，让法官去抢劫、杀人、横行霸道，让军官去掠夺、骚扰、制造流血事件。这些假借权力进行的暴力行为能够引起比即使是残暴的强盗行径还大的惊恐。[①] 另一方面，行为人选择弱者作为侵害对象，更表露其人性的卑污和反社会心理，一旦得逞之后，侵害下一个弱者的驱动力也是巨大的，有更大的人身危险性。

（五）对本案的评析

在本案中，法院认定的酌定量刑情节仅包括犯罪的手段，并认定：被告人吕二鹏参与密谋将被害人孙志刚调房，并授意同案人殴打被害人，在明知被害人被殴打的情况下，还持塑胶警棍对向其反映情况的被害人猛捅多下，情节恶劣。而对于另一重要的酌定情节即犯罪的侵害对象却未曾提及。在伤害行为发生之前，孙志刚就是一个被收容的“盲流”，此外，被害人转送救治站的原因也是由于心脏不适，在社会和生理双重弱势的情况下却遭到了多人的伤害，反观另一方的主犯乔燕琴，作为护工他非常明白自己在救治站的地位和“权势”，尤其是对于被救治的病人而言，他正是清楚地认识到孙志刚的力量太轻微，可以肆无忌惮地进行侵害，才因琐事就授意他人对其进行殴打，主观上看，被告人明确认识到被害人孙志刚属于弱势，处于不能反抗、孤立无援的地位；从意志因素看希望已部分丧失人身自由的孙志刚其身体健康进一步损害，体现了较强的主观恶性；客观上看，乔燕琴等人在侵害基本没有反抗能力的被害人时，是基于一种畸形心态支配，手脚、警棍并用，手段极其残忍，对于被害人来说，本已孱弱的体质也令伤害造成了更加严重的后果，客观上也体现了较强的社会危害性，救助站的护工在站内这个范围内是有极大权力的，由于被“救助”的人员实际上并没有完全的人身自由，那么本来职责是护理病人的护工而去残酷地殴打病人，对社会造成的惊恐和震骇也是显而易见的。试想如果脱离了特定的地点、身份，如果乔燕琴与孙志刚是广州大街上两个普通的行人，即使孙志刚更严重地“冒犯”了乔燕琴，乔还会不会唆使他人殴打呢？还有没有那么多言听计从的人去进行殴打呢？而这个重要的酌定情节在判决书中未被提及，不能不说是一种遗憾。

---

① 参见［英］吉米·边沁：《立法理论刑法典原理》，孙力等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 11 页。

八、弱势群体的刑法保护

（一）本案引发的问题

判决书清楚地记载着被害人的个人情况，孙志刚，湖北黄冈人，生于 1976 年，2001 年武汉科技学院（原武汉纺织工学院）艺术系艺术设计专业毕业，案前任职于广州某服装公司。惨案发生时，27 岁的他从武汉科技学院毕业刚两年，来到广州才 20 多天，也刚刚找到工作。那年 3 月 17 日晚 10 时，像往常一样出门去上网的孙志刚因没有暂住证，被带到了广州天河区黄村街派出所。此后，孙志刚被送至广州市收容遣送中转站和广州收容人员救治站，然后便是突然死亡。毫无疑问的是，被害人在当地属于比之一般市民尚不如的弱势群体，并由此遭遇了其后的惨剧，试想，如果孙是当地人，是一个有着本地口音的“强者”，他会遭受这样的伤害吗?

弱势群体，也叫社会脆弱群体、社会弱者群体，在英文中称 social vulnerable groups，它本是一个用来分析现代社会经济利益和社会权力分配不公平、社会结构不协调、不合理的概念。弱势群体是一个相对的概念，一部分人群（通常是少数）比另一部分人群（通常是多数）在经济、文化、体能、智能、处境等方面处于一种相对不利的地位。例如与青壮年相比的少年儿童和老人，与健康人相比的残疾人，与就业人员相比的失业人员，与有正常收入者相比的贫困者，与主流文化群体相比的亚文化群体，与自由公民相比的失去自由或者限制自由的公民等等。虽然社会学、经济学、法学、伦理学对其界定和研究存在差别，但大都认为社会弱势群体是由于某些障碍及缺乏政治、经济和社会机会，而在社会上处于不利地位的人群。[①] 弱势群体进而可分为两类：生理性弱势群体和社会性弱势群体。前者沦为弱势群体，有着明显的生理原因，如年龄、疾病等；后者则基本上是社会原因造成的，如下岗、失业、受排斥等。2002 年 3 月 5 日在第九届全国人民代表大会第五次会议上，时任国务院总理的朱镕基明确提出了“弱势群体”这一概念并强调对其进行特殊援助，表明在当前中国形势下解决该问题的及时性与必然性。[②] 实践表明，改革开放极大地促进了我国经济发展和社会进步，可是也带来了一些伴随问题，例如贫富差距的加大、体制的不完善等等，弱势群体的形成正是社会转型时期问题的综合体现，我国目前纳入政府重点帮助的弱势群体主要包括四部分人：首先是下岗职工，或已经出了再就业服务中心、但仍然没有找

---

① 参见陈梦琪：《论罪犯弱势群体的保护》，载《江西公安高等专科学校学报》2003 年第 4 期。

② 参见第九届全国人民代表大会第五次会议《政府工作报告》。

到工作的人；其次是“体制外”的人，即那些从来没有在国有单位工作过，靠打零工、摆小摊养家糊口的人，以及残疾人和孤寡老人；进城的农民工；还有一部分是较早退休的“体制内”人员。其中既包括客观历史原因形成的弱势群体，也包括现实原因所形成的弱势群体。鉴于自身的特殊性，如何保护弱势群体、维护其合法权益日渐成为社会关注的焦点。① 针对现存的问题，我国法学、社会学、经济学、伦理学界分别从各自领域展开研究，以加强对弱势群体的保护，其中加强弱势群体的法律保护已成为法律人的一种共识。从立法层面看，我国已制定了《消费者权益保护法》、《未成年人保护法》等各类弱势群体保护的法律法规，国家也正在加快步伐完善现有的法律体制，如研究制定的《就业促进法》、《社会保险法》等等，从理论层面看，许多学者提出针对特定群体的保护对策，例如以老年人为视角，对老年人权利的民法保护进行研究；② 又例如主张从司法援助以及司法救助方面入手，从司法程序上保障其权益。③ 尽管弱势群体的民法保护、宪法保护、诉讼法保护均具有重要作用，但从刑法自身的作用与功能看，以刑法学为视野对弱势群体保护进行研究同样必要。“当其他法律手段不足以调整利益、矛盾冲突，不动用刑罚利益关系就会出现严重紊乱、破坏时，才会适用刑法。也只有当其他法律利用刑罚以外之手段，无法达到保护利益之目的时，才需要依赖刑法予以保护。”④

刑法学界对弱势群体的关注是热烈而又积极的，例如 2003 年 1 月 17 日最高人民法院公布了《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》，并在刑法学界引起了强烈的反响，撇开基本理论纷争不谈，这一事件恰恰表明了刑法学界对幼女这个弱势群体权益保护的关注。⑤ 但相对其他法律学科，作为公民权利保障最后防线的刑法学研究不免滞后了，传统的观点将刑事法律关系的主体定位于“二元结构体系”，从根本上讲还是国家主义刑事法理念的体现，忽视了被害人的人权，可能我们强调犯罪人的人权保障时，却忽视了另一方当事人——被害人的人权保障。⑥ 不少刑法学者以犯

① 在百度的搜索引擎键入“弱势群体”，共有 591 000 个相关网页，充分说明了社会以及媒体的关注程度。

② 参见刘引玲：《中国人口老龄化及相关法律问题研究》，载《私法研究》（第 3 卷），中国政法大学出版社 2003 年版，第 436—451 页。

③ 参见万鄂湘：《市场经济与个人权利保护》，载万鄂湘《社会权利弱者论》武汉大学出版社 1995 年版，第 3 页；刘加良：《弱势群体的民事诉讼法保护》，载《山东科技大学学报》2004 年第 3 期。

④ 参见蔡墩铭为陈志龙著《法益与刑事立法》一书所做之序，1992 年再版，转引自赵秉志主编：《刑法基础理论探索》（卷一），法律出版社 2002 年版，第 57 页。

⑤ 参见赵秉志主编：《主客观相统一：刑法现代化的坐标》，中国人民公安大学出版社，2004 年版。

⑥ 参见冯军、吴卫军：《刑事法律关系概念浅探》，载江海学刊 1997 年 6 期。

罪学的角度对弱势群体犯罪及其防治对策展开研究，少以刑法学角度对该问题加以全面的关注。[①] 事实上，作为保障公民权利的最后一道防线，刑法对保护弱势群体具有举足轻重的作用，当弱势群体遭到最严重的侵害——犯罪时，刑事立法和司法的科学性直接关系到他们基本权利的保障。

（二）弱势群体刑法保护的历史渐变

1. 奴隶社会刑法

奴隶社会的刑法是维护社会秩序和人身权的工具，表面上看，奴隶主贵族违法犯罪同样要受到刑法制裁，例如"醴九候。鄂候争之强，辩之疾，并脯鄂候"[②] 但社会的最低阶层——奴隶在法律上根本不具备"人"的地位，更不用说对其进行保护。《汉谟拉比法典》（公元前 18 世纪）第 196 条规定："倘自由民损毁任何自由民之子之眼，则应毁其眼。"在该"以眼还眼"的法谚中可以清楚看到，刑法保护的是"自由民"，而没有社会弱势群体——奴隶权利的保护，相反，作为弱势群体的奴隶如果侵犯了"自由民"或者奴隶主的人身或者财产，将受到加倍的惩罚。奴隶社会刑法仅仅注意对特权阶级的保护，完全没有体现对奴隶的保护，奴隶甚至不属于刑法所调整主体的范围。奴隶的犯罪行为，并不需要通过奴隶主国家的司法机关依照刑法来惩处，奴隶主阶级可以任意杀戮。奴隶主国家制定成文刑法的重要意图，就是要企望通过刑法的手段，调整奴隶主贵族之间、奴隶主贵族阶层和奴隶主庶族阶层之间以及奴隶主阶级和自由民之间的种种矛盾，以维护王权。

2. 封建社会刑法

封建社会中社会底层人民的生活依然是悲惨的，但情况仍产生了一些变化，一方面，他们可以享有微薄的财产，另一方面，弱势群体毕竟在刑法上获得了地位，而不是像奴隶一样游离于法律调整的范围之外，当受到侵害时，刑法或多或少会对其人身、财产进行保护。可是要看到的是，这种保护建立在不平等基础之上，当弱势群体与特权阶层同样遭受侵害，刑法的保护力度是不同的；弱势群体犯罪与特权阶层犯罪，刑罚裁量及执行也是不同的，中国封建刑法的最高成就是《唐律疏议》，其中也存在一些保护弱势群体的规定，例如《贼盗律》（总 292 条）规定"略人"（用强制的或其他令人不自愿的方法劫持人成为略）为奴婢，要处绞刑。"和诱"（欺骗）犯此罪的，可"减一等"处罚，处流三千里。但是注文

① 参见赵秉志：《犯罪主体论》，中国人民大学出版社 1989 年版；王智民等著：《当前中国农民犯罪研究》、《当前中国流动人口犯罪研究》，中国人民公安大学出版社 2001 版。

② 参见《史记・殷本记》。

说："十岁以下，随和，亦同略法"，即对十岁以下的儿童，使用拐骗的方法持有，也照强力略取罪处绞刑，即拐骗儿童罪重于拐骗成人罪。在实施刑罚上对老幼妇女进行宽宥，除了对"十五以下"的幼小病残进行宽宥外，还特别对"七十以上"的老人进行宽宥。反逆罪犯近亲中父子缘坐要处死，而女儿、妻妾没官而不处死，妇人有死罪孕期内不处决，"听产后一百日内乃行刑。"[①]但是这是从封建统治的目的出发的，是维护特权的工具，由于我国封建刑法遵循的"亲亲""尊尊"原则，事实上是不可能保证弱势群体享有足够权利的，例如《名例律》（总56条）规定，有一般加重情况的，"不得加至于死"，以流三千里为高限，但是奴犯主，贱犯良的情况下，"加者，加入于死。"唐律中只规定了惩罚子孙"供养有阙"之罪，而无有惩治父母家长拒绝抚养子女之犯罪。中国封建社会中"尊尊"原则是在社会范围内的不平等，无法保护社会原因形成弱势人群；"亲亲"原则是在家庭范围内的不平等，无法保证家庭内的晚辈弱势群体。

3. 资本主义社会刑法

进入资本主义社会后，启蒙思想家基于天赋人权的思想，高举"自由"、"平等"的大旗，对封建社会的阶级特权、罪刑擅断进行了无情的批驳。意大利刑法学者贝卡里亚于1764年出版了《论犯罪与刑罚》，这是人类历史上第一部对刑罪原则进行系统阐述的著作，全书洋溢着伟大的人道主义气息，其中暗含了罪刑法定、罪刑相适应及适用刑法人人平等这些刑法原则。平等主义本身就是要求对国家公民应一视同仁。这就要求出生、家庭关系或者财富不得影响对公民执行法律的那些人。[②] 资本主义的刑法理论及刑事立法正是建立于平等主义的基础上，反对因身份而带来的特权，从而提高了弱势群体的法律地位，加强了对弱势群体的保护，这些成果最早体现在18世纪末期美国《弗吉尼亚权利法案》、《独立宣言》、《人权宣言》等法律文件中，成为西方资本主义国家宪法精神与刑法原则的范本。在现代社会中，基于立法技术的完善，资本主义国家的刑法中存在诸多值得借鉴之处。但是，资本主义社会刑法同样具有明显局限性，剥开虚伪的表层来看，生产资料的私有制决定了其不可能从根本上保护弱势群体的利益。

4. 刑法演变的历史规律

在当今世界，多数国家在刑法和其它法律中直接或者间接地规定了对弱势群

① 参见钱大群、夏锦文：《唐律与中国现行刑法之比较论》，江苏人民出版社1991年版，第374页。

② 参见［奥］波普：《开放社会及其敌人》，杜汝楫、戴雅民译，山西高校联合出版社1992年版，第99页。

体的保护，国际上对弱势群体也给予更多的关注，如《世界人权宣言》第 25 条规定："（一）人人有权……在遭到失业、疾病、残废、守寡、衰老或在其他不能控制的情况下丧失谋生能力时，有权享受保障。（二）母亲和儿童有权享受特别照顾和协助。"《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条规定对 18 岁以下的人所犯的罪，不得判处死刑；对孕妇不得执行死刑。《经济、社会和文化国际权利公约》第 10 条特别规定了对未独立的儿童应当给以尽可能广泛的保护和协助；对母亲，在产前和产后的合理期间，应给以特别保护；应为一切儿童和少年采取特殊的保护和协助措施等。除此之外，国际上还制定了专门的单行性人权公约。1975 年联大通过了《残废者权利宣言》，1980 年通过了《消除对妇女一切形式的歧视的公约》，1989 年通过了《儿童权利宣言》，1992 年联大通过了《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》。不少地方还制定了区域性的人权公约。如《欧洲社会宪章》、《非洲人权和民族权宪章》等。这些国际条约为弱势群体的刑法保护提供了国际化依据。越来越多的规范虽然在内容上还存在差异，但其趋同性在增多。这表明，弱势群体的刑法保护走向世界化、全球化是不可抗拒的必然潮流。

从弱势群体保护的视角来看，刑法的历史演变蕴涵着规律性的变化：

（1）质的变化。从完全否认弱势群体的权利到部分承认弱势群体的权利再到完全承认弱势群体的权利再到注重对弱势群体的保护，这是一种刑法观的进步。诚然，这一变化是由于社会的进步所导致，但是不能不说这同样是作为社会上层建筑——刑法的发展趋势所在。

（2）量的变化。即对弱势群体保护范围的扩大，封建社会刑法中已经注意到对生理原因形成弱势群体的保护，资本主义社会刑法中该种保护同有责性等基本刑法理论紧密结合，而综观刑法的发展趋势，对弱势群体保护的范围是不断扩大的，从对生理弱势群体的保护，扩展到对社会弱势群体的保护。

（3）方式的变化。表现为对弱势群体保护的力度加大，保护方法更为合理科学，例如封建社会刑法中以身高划分刑事责任能力，而现在以年龄或者科学的鉴定手段进行。总体看来，刑法对弱势群体的保护力度和范围反映了社会的文明程度和立法的先进程度，它们之间呈一种正比关系，该结论不仅仅适用于刑法学，同样适用于其他法律学科、社会政策学、公共政策学等。

（三）我国对弱势群体的刑法保护现状

1. 我国刑法的保护方式

我国 2004 年《宪法修正案》规定："国家尊重和保障人权"，明确表明了国家"以人为本"的保护原则，而弱势群体正是人权保护中最需要关注与投入的一

种。宪法是国家的根本大法；也是全体社会成员实行社会自治的总契约，但仅靠宪法自身是无法实现这种保护的，就法律领域来说，要切实维护弱势群体的权益，还需要各个部门法的通力协作，作为部门法重要一环的刑法，理应承担更多的责任，加大对弱势群体保护的力度。我国刑法对弱势群体的保护主要是通过刑法典来实现的，此外在单行刑法、附属刑法与相关解释中亦有所体现。保护方式可分为对弱势群体的正向保护（对特定弱势群体的犯罪从重处罚）和反向保护（对特定弱势群体的犯罪从轻处罚），总则保护和分则保护，其中在分则中又分为定罪和量刑两方面的保护。

我国1997年《刑法》开宗明义地指出："为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪斗争的具体经验及实际情况，制定本法"，"刑法的任务，是保护公民私人所有的财产、保护公民的人身权利、民主权利和其他权利"，"对任何人犯罪，在适用法律上一律平等"，从而为弱势群体保护提供了总体原则与指导。总则中还包括如下内容：①教唆不满18周岁的人犯罪的应当从重处罚。②未成年人、精神病人、又聋又哑的人或者盲人刑事责任的规定。③教唆不满18周岁的人犯罪的应当从重处罚。④犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。⑤罚金缴纳时，如果遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除。

在刑法分则中同样存在大量体现弱势群体保护的条文，具体分为在定罪上的保护和在量刑上的保护，在定罪上，主要体现在交通肇事罪、教育设施重大安全事故罪、重大劳动安全事故罪、生产、销售类犯罪、渎职类犯罪等相关犯罪的设置上；在量刑上体现在法定从重情节的设置中，例如猥亵儿童的、奸淫幼女的从重处罚，抢劫救灾物资的、挪用抢险、救灾、防汛、扶贫、优抚、移民、救济款物归个人使用的从重处罚等等。此外，我国的司法解释中也存在相关规定，例如《最高人民法院关于对怀孕妇女在羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复》规定怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审判的，应当视为"审判的时候怀孕的妇女"，依法不适用死刑。（又例如《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，抢夺残疾人、老年人、不满十四周岁未成年人的财物的，抢夺救灾、抢险等款物的，可以以抢劫罪从重处罚。

2. 我国刑法的保护对象

根据弱势群体的分类标准，我国刑法的保护对象同样可分为两大类：一类是生理原因形成的弱势群体，具体表现为怀孕妇女、未成年人、精神病人、聋哑盲人、患病或没有独立生活能力的人等等；另一类是社会原因形成的弱势群体，包

括极度贫困的人、被监管人员、受灾群众等等。(以后简称为生理弱势群体、社会弱势群体)。

(1)我国刑法对生理弱势群体的保护。研究表明，有生理残疾和缺陷的人由于自身防范能力的影响，其被害率要比正常人高，在抢劫盗窃、侮辱、虐待、拐卖等犯罪中，女性的被害率要明显高于男性，性犯罪的被害人则几乎都是女性，未成年人与老年人的被害率高于青壮年人。根据司法部1994预防犯罪与劳动改造所对北京部分地区的2 000个样本抽样调查显示，1989年至1993年期间女性的被害率(27%)高于男性(18%)。[①] 鉴于生理弱势群体的标准统一、界限分明，我国刑法体现了较多的此类保护：①对未成年人的保护。我国刑法以总分则相结合的方式确立了对未成年人这一弱势群体的保护，总则中规定了教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚；分则中雇佣童工进行危重劳动罪的设置，强奸罪中奸淫幼女的、引诱未成年人参加聚众淫乱活动的应当从重处罚也体现了对未成年人保护的力度。根据现代刑法理论，未成年人犯罪减免刑事责任、甚至不构成犯罪是基于未成年人责任能力的欠缺，但不可否认的是，刑法的上述规定同样体现了对未成年人这一弱势群体的关怀与保护。②对精神障碍人及聋哑人的保护。精神障碍和聋哑人、盲人由于自身生理上的困难，在生活、工作中往往处于不利地位，但是现代刑事立法和理论认为，又聋又哑的人尤其是后天的聋哑人，如果受到良好的教育，其中有些人的智力和知识能力达到或基本达到正常人的水平，可以具备完全的责任能力，因而许多国家的刑法典并未对该群体的刑事责任问题作出任何特殊规定，例如1971年《加拿大刑法典》、1974年《瑞士刑法典》等。[②] 而我国刑法仍将“可以从轻、减轻或者免除处罚”作为法定的情节规定下来，体现了我国刑法对该群体的特殊考虑与保护。例如与精神障碍的妇女发生性关系，无论对方是否允诺，均构成强奸罪。③对怀孕妇女的保护。作为一种特殊的弱势群体，怀孕妇女应当受到更多的关怀与照顾，对怀孕妇女实行死刑，无论对于其本身还是腹中的胎儿都是不人道的，我国刑法禁止对其适用死刑，正是出于人本主义和对该群体的特殊关怀。④对老年人的保护。人进入老年期后，身体机能衰竭，从而逐渐失去在社会中的竞争能力和维护自己权利的能力，因此他们的权利保障更加依赖公力救济即刑法的保护。我国现行刑法典总则中未做特殊规定，但分则、相关的司法解释与司法实践中均体现了对该群体的保护，例如虐待罪、遗弃罪的犯罪对象均包括老年人；司法解释中遗弃、盗窃孤寡老人公私财物

① 参见郭建安主编：《犯罪被害人》，北京大学出版社1997年版，第63—64页。

② 参见赵秉志：《犯罪主体论》，中国人民大学出版社1989年版，第252页。

接近“数额较大”起点的可以追究刑事责任，抢夺老年人财物的可以以抢劫罪从重处罚；此外在司法实践中，老年人身份一般是酌定量刑情节。

（2）我国刑法对社会弱势群体的保护。被害人学的研究表明，被害人的职业、受教育程度及所处的社会阶层等因素对其被害的影响。有资料表明，文化程度高的人，一般法律意识要强一些，对侵害行为往往能够较为冷静、理智地处理，所以被害的概率比文化程度较低的人小；处于社会上层的人由于有钱有势，受保护的程度高，显然比处于社会中下层的人被害概率小。[①] 与生理原因形成的特殊群体不同，该种群体具有更强的相对性，即其“弱势”是要通过具体的环境来体现的，一些人在这种环境中可能处于弱势，到另一种环境中可能就不再是弱势群体，基于复杂多变的司法实践，在我国刑法中主要是通过分则对该群体进行保护，便于区分，本文按照生存状况、情势、身份把社会弱势群体分为三类，但实践中某人可能同时具备这些特征。刑法对该群体的保护主要是通过正向保护予以实现的，即对于该群体权益的侵害从重处罚：①对特定生存状况下弱势群体的保护。该群体一般是指在社会中生存状况比较差，需要他人、社会给予特殊帮扶的群体，在刑法分则中存在多处对该种群体的保护：在定罪方面，遗弃罪的客观方面包括对于生病的人、没有独立生活能力的人具有抚养义务而拒绝抚养，情节恶劣；挪用特定款物罪将挪用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物作为犯罪构成要件。在量刑方面，抢劫罪中抢劫救灾物资的，作为抢劫罪的法定加重情节；挪用公款罪规定用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。②对于特定情势下弱势群体的保护。该弱势群体一般是指在某种具体情形下，鉴于力量对比的强弱，处于相对弱势的人群，造成这种情形的原因可能是经济的，政治的，业务的或物理的力量；可能是合法取得的，也可能是非法取得的。例如在交通肇事罪中，相对于行人来说，犯罪主体即驾驶车辆一方是凭借物理的力量处于强势地位；在生产、销售伪劣产品类犯罪中，生产者、销售者同消费者相比，将凭借其组织性和经济实力占据优势地位；在非法行医罪、医疗事故罪中，患者处于相对的弱势地位，而行医者则凭借其医疗业务处于强势；在刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人等犯罪中，行为人或凭借享有的行政权或执法权处于绝对的优势地位。刑法对于非法活动中的弱势群体也予以保护，例如组织他人偷越国（边）境罪中，造成被组织人重伤、死亡，剥夺或者限制被组织人人身自由都是法定的加重情节。③对于特定身份下弱势群体的保护。相对于犯罪者的身份来说，本类弱势群体的身份决定其处于弱势地位，

① 参见郭建安主编：《犯罪被害人》，北京大学出版社1997年版，第13页。

例如非法批准征用、占用土地罪中体现了对农民相对于行政管理者这个弱势群体的保护，打击报复会计、统计人员罪中会计、统计人员相对于单位领导人处于弱势，又如报复陷害罪、其它渎职犯罪的设置。在量刑方面，非法搜查罪、非法侵入住宅罪规定司法工作人员滥用职权犯本罪的，从重处罚。值得注意的是对于某些单位过失犯罪的设置，在当前形势下更体现了对于弱势群体保护的必要性和重要性，例如 2004 年上半年全国煤矿发生事故 1 736 起，死亡 2 644 人，每生产百万吨煤炭，平均就有近 3 名矿工遇难。例如重大劳动安全事故罪中，作为工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工无疑是处于相对不利地位的，劳动安全设施是否符合规定直接关系到他们的生命安全，一些单位的负责人只考虑眼前利益，漠视职工的生命，在明知对方属于弱势群体的情况下，依然由于疏忽大意或者过于自信，导致了重大伤亡事故的发生。

（四）对本案的评析——关于我国刑法对弱势群体保护现状的反思

孙志刚案件以个人悲剧为 2003 年春天抹上了灰暗的一笔，但我们庆幸之后发生的许多可喜变化，例如宪政步伐的坚定迈进、传媒监督作用的加强等等，事实上，本案对刑法同样具有警醒和反思作用，我国刑法对于弱势群体的保护足够完善吗？如能由此推动我国刑法的人性化、现代化进程，则是国家之幸，人民之福。

1. 弱势群体的特殊保护原则

对弱势群体进行特殊保护是社会公平正义的体现，在罗尔斯看来，正义有两个原则，其中第二个原则就是对社会的和经济的不平等的安排。他认为，要做到正义，必须使他们：①被合理地期望适合于每一个人的利益；②依系于地位和职务向所有人开放。这个原则适用于指定与建立社会及经济不平等的方面。它表明财富和收入的分配无法做到平等，但它必须合乎每个人的利益，同时使权力地位和领导性职务向所有人开放。可见，罗尔斯对在社会和经济上处于不利地位的弱势者开出的处方是采用特殊性的积极差别待遇，即保证弱势者能够获益并且保证权力和公职的开放。①

本文认为，对弱势群体进行特殊保护应成为我国刑法的一项原则，通过刑法对社会弱势群体保护有助于全社会形成公平正义的价值理念。具体地讲，是在完善保护生理弱势群体的同时，最大限度地保护社会弱势群体，这不是权益之计，而是全局性、具有普遍指导意义的原则，体现于立法、司法和执行各阶段。该原则的确立有助于立法司法机关更清醒地认识到刑法的侧重点，有利于维护社会秩

---

① 参见［美］约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 61 页。

序的稳定、切实保障个人权利，并能为刑法机体注入更富生命力的人本精神。

（1）弱势群体的特殊保护是罪刑法定原则的必然趋势。1997 年刑法典规定刑法的任务，是保护公民私人所有的财产、保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，从而为保护弱势群体提供了刑法依据。公民权利有一般权利和特殊权利之分，特殊保护是建立在弱势群体已经具有普遍人权的基础上，根据这些人的生理、社会弱势再加以特殊保护。特殊保护同样需遵循“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，严格依据事实与法律进行。

（2）弱势群体的特殊保护是罪责刑相适应原则的本质要求。罪责刑相适应原则要求刑罚的轻重与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应，在感受性根本不同的情况下，名义上相同的惩罚并不是实际上相同的惩罚。基于人们生理、社会状况的差异，刑法具体实施到每个人身上效果是当然不同的，例如同样的罚金刑适用于不同财产状况的人，同样的自由刑适用于不同年龄的人，其效果截然不同。因此，要达到罪责刑的均衡，实现社会的公平正义，就必须对弱势群体进行保护。

（3）弱势群体的特殊保护是适用刑法人人平等原则的外在体现。平等乃是一个具有多种不同含义的多形概念。它所指的对象可以是政治参与权利、收入分配制度，也可以是不得势的群体的社会地位与法律地位。其范围涉及法律待遇的平等、机会的平等以及人类基本需要的平等。[①] 有人可能会反驳，对特定人群进行特殊保护是否违背了刑法面前人人平等原则？回答当然是否定的，正因为这些人在生理、经济、政治上的能力不足，对其适用同等的保护反而违背了平等原则。正如有观点指出：“刑法平等保护主义原则并不排斥刑法的特别保护，几乎任何一个现代国家的法律（包括刑法）都有许多特别保护妇女、儿童的规定，这是因为相对于成年男性来说，妇女、儿童在自我保护方面居于劣势地位，而需要特别保护。”[②]

2. 弱势群体的立法保护

（1）对老年人刑事责任做出特殊规定。我国刑法应做出老年犯罪人刑事责任的特殊规定，可在对年龄作明文规定（70 岁以上或 80 岁以上）的基础上，对老年人可以从轻或减轻处罚，并规定犯罪时达到上述年龄的罪犯不适用死刑。原因有以下几点：①老年人精神与身体衰退，感官功能降低，反应迟钝。老年年龄对

---

① 参见［美］博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 280 页。

② 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 94 页。

人的责任能力程度和适用刑罚在事实上确有一定影响。②我国具有立法传统与伦理观念。“怜老恤幼”是中华民族的传统美德并为社会公众所接受，从立法来看，自古中国法律就都把特定的老年犯罪人作为减免刑罚的情节。③在司法实践中，老年人往往属于一个酌定的从轻情节，将犯罪人老年年龄上升为法定从宽量刑情节在立法惯例，事实根据及实践经验等方面已有成熟的基础。④在现今废除死刑呼声日趋高涨的形势下，从实体法角度限制死刑的适用是一种必然，除了从分则各罪限制死刑适用外，从主体角度限制死刑也不失为上策，更符合人道精神和社会伦理秩序。

(2) 胁迫未成年人犯罪应从重处罚。相对于教唆未成年人犯罪，胁迫未成年人犯罪在社会危害性和人身危险性上有过之而无不及，在现实中存在大量的类似案件，例如一些犯罪分子采用胁迫手段，驱使儿童进行盗窃、抢夺等犯罪活动。然而刑法仅规定教唆未成年人犯罪者应从重处罚，对于胁迫者的刑事责任却无从重规定。事实上，我国 1979 年刑法规定了主犯从重处罚，但是修订后的刑法典却删去了该项规定，早已引起一些刑法学者的诟病。[①] 因此，对于胁迫未成年人犯罪者应规定从重处罚，这样才有利于体现对共同犯罪的处罚重于单独犯罪的立法思想、贯彻罪责刑相适应原则，并有利于对弱势群体——未成年人的特殊保护。

(3) 刑事立法应扩大对弱势群体的保护范围。在我国现行刑法中，法律之盾仅仅庇护着特定的弱势群体，如未成年人、怀孕妇女等，尤其对社会弱势群体缺乏足够的重视。例如现实中存在大量监管人对被监管人人身、财产、名誉的侵害案件，此种情况却未能被上升为法定从重情节。在今后的刑事立法中，可以根据法律规定和客观实际，将一些犯罪中针对弱势群体的情况上升为法定量刑情节，规定明知对方是弱势群体而加以侵害的，从重处罚。从而为司法机关提供一个统一、明确的标准，也有利于同弱势群体刑法保护的整体性相衔接。

3. 弱势群体的司法保护

生理弱势群体具有明确的判断标准，因此这种保护主要通过立法予以实现，而社会弱势群体的保护主要是在司法中实现的，但司法机关对社会弱势群体往往关注不够，尽管很多地方已经进行了宝贵的探索，但是漠视弱势群体权益的现象仍普遍存在，司法实践中审判人员往往过于注重法定情节，在考察酌定情节的时候，只注意犯罪手段如何，造成的构成要件外的结果是否重大，往往忽视了被害人身份以及生活境况，没有过多考虑依法保护弱势群体的问题。不区分主体情

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 352 页。

况，对于任何人犯同样罪行而处以同样刑罚，这显然是不公平的，也违背刑罚个别化的要求。事实上，这和我国司法实践中普遍存在的“重定罪，轻量刑”问题是密切相关的，个别法官重视定罪正确，而忽视了量刑的合理与科学；在量刑时重视法定情节的适用，忽视了酌定情节具备的重要作用；在适用酌定情节时重视犯罪行为的特征、犯罪人的个人情况，而忽视了犯罪对象的身份以及生活状况。

有法谚云：法的效果在于执行（juris effectus in executione consistit），立法、司法、行刑并重是弱势群体刑法保护的必然要求。在司法实践中，在依据事实和法律的同时，还要注意酌定量刑情节对于弱势群体保护的意义。其中有两种犯罪具备典型意义：（1）侵犯弱势群体基本权利的犯罪，这种情况下对犯罪人可酌情考虑从重。根据被害人学的研究，社会弱势群体由于自身的经济状况、文化素质，决定了其自我防范能力较差，决定了经常接触的人员的素质，决定了其居住区域多为社会安全防控薄弱的地区，这些因素都表明了社会弱势群体更容易成为犯罪的侵害对象。如果保护力度不足，弱势群体极易由被害人转变为犯罪人，例如弱势被害人人身遭受侵害，却由于自身能力不足而得不到刑法的救济，转而依靠自身复仇或者敌视社会；又如弱势被害人财产遭到侵害，出于满足基本生理需要，转而侵害他人。（2）弱势群体出于生活困难实施的犯罪，这种情况下对犯罪人可酌情考虑从轻。随着我国经济的发展和社会的进步，出于满足温饱的犯罪数量确实下降，但现实中该类犯罪的数量依然可观，这种犯罪大多存在于侵犯财产罪例如盗窃、抢夺等中，行为人为了解决自己的温饱问题，却又缺乏解决的合法渠道，于是铤而走险，侵犯公私财产的所有权。仅仅依靠重刑是无法从根本上预防这种犯罪的，正如有学者指出：“处于缺乏必要的生存条件的人，为获取生存条件而犯罪的冲动是无法根本阻止的。只要这一冲动尚存，凭借刑罚的恐怖对其进行遏制就是完全是徒劳的。几乎没有什么刑罚手段更甚于饥饿；没有什么手段能显示出如发放救济那么大的效果。制止贫困所引起的犯罪的唯一有效的方法在于向需要生存条件的人提供必需品。”① 我们应当依据犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性，结合弱势群体保护的原则，合理裁量刑罚。

在行刑中，弱势群体同样需要特殊的关注，分类处遇早已是自由刑执行的基本方式，将少年犯、女犯单独收监也已达成共识，但对于弱势犯罪人来说，我们不仅要注重对生理弱势群体例如少年犯的处遇，还要根据其社会特征，对犯罪人制定单独的矫正计划并付诸实施，再根据执行结果予以修订。此外，对于判处罚

① 参见［英］吉米·边沁：《立法理论——刑法典原理》，孙力等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 114 页。

金刑或没收财产的生活贫困者，可以根据具体情况依法减免；对于未成年人、老年人假释、减刑尺度的把握也应适当从宽。因为最好的社会政策就是最好的刑事政策，弱势群体的行刑阶段保护尚需社会各方面的帮扶与协助，以便犯罪人早日回复社会。

九、结语

逝者如斯，除了还没有能从悲痛中解脱出来的白发父母，孙志刚案也渐渐离公众的视线远去了，但是它所带给我们的启示却是发人深省的。中国法治的伤口，每到寒潮，就会隐隐作痛。

就刑法学角度看，本案涉及故意伤害罪中的疑难问题——故意伤害致死因果关系的认定；涉及研究相对薄弱的刑法问题——胁从犯；涉及酌定量刑情节中的若干重要问题；涉及我国刑法对弱势群体保护应如何定位，并如何落实贯彻这一艰巨任务；但愿通过对本案的研究，以加快我国刑事法治的进程，使弱势群体的权利不再遭受肆意践踏，从而告慰那些无辜而又善良的生命。

（撰稿人　杜邈*）

* 中国人民大学刑法学博士研究生。

附录一：

广州市中级人民法院刑事判决书

（2003）穗中法刑初字第134号

公诉机关：广州市人民检察院

被告人乔燕琴（又名乔艳清），男，1982年3月10日出生，出生地山西省离石市，汉族，文化程度初中，原系广州市收容人员救治站护工，住山西省离石市吴城镇陈家塔村。因本案于2003年5月11日被羁押，次日被刑事拘留，同月13日被逮捕。

指定辩护人李三新，广东正大联合律师事务所律师；彭莉红，广东省法律援助处律师。

被告人李海婴（又名李海英），男，1977年4月7日出生，出生地湖南省双牌县，汉族，文化程度初中，住湖南省双牌县塘底乡麻滩村委会103号。因本案于2003年5月10日被羁押，同日被刑事拘留，次日被逮捕。

指定辩护人梁国雄，广东易春秋律师事务所律师；卓曙虹，广东卓志律师事务所律师。

被告人钟辽国（又名钟条国，化名洪权才，绰号“卷毛”），男，1971年9月12日出生，出生地湖南省平江县，汉族，文化程度初中，住湖南省平江县冬塔乡江洲村256号。1994年8月4日因犯盗窃罪被江苏省吴县人民法院判处有期徒刑一年六个月，1995年8月6日刑满释放。2003年4月13日因抢夺被广州市劳动教养管理委员会送劳动教养一年。因本案于2003年5月13日被羁押，同日被刑事拘留，次日被逮捕。

指定辩护人刘杰，广东信利盛达律师事务所律师；唐庆联，广州市法律援助中心律师。

被告人周利伟（又名黄开平，绰号“小胖”），男，1982年10月9日出生，出生地湖北省麻城市，汉族，文化程度初中，住湖北省麻城市铁门岗乡下屋周村4组上屋周垸24号。因本案于2003年5月3日被羁押，次日被刑事拘留，同月9日被逮捕。

指定辩护人吴雪元，广东德法理律师事务所律师；张志涛，广州市法律援助

中心律师。

被告人张明君，男，1978 年 12 月 3 日出生，出生地四川省南部县，汉族，文化程度小学，住四川省南部县太华乡宋家庙村 8 组。因本案于 2003 年 5 月 9 日被羁押，同日被刑事拘留，同月 12 日被逮捕。

指定辩护人唐来军、陈永忠，广东鑫一华律师事务所律师。

被告人吕二鹏（冒名吕鹏鹏，化名吕鹏），男，1984 年 8 月 12 日出生，出生地山西省垣曲县，汉族，文化程度初中，原系广州市收容人员救治站护工，住山西省垣曲县长直乡古垛村虎拔组。因本案于 2003 年 5 月 2 日被羁押，次日被刑事拘留，同月 9 日被逮捕。

指定辩护人程滨涛，广东纵横天正律师事务所律师；朱小斌，广东合众拓展律师事务所律师。

被告人李龙生（绰号“长毛”、“黄毛”），男，1980 年 2 月 2 日出生，出生地江苏省铜山县，汉族，文化程度小学，住江苏省铜山县太山乡西桃园村 4 组 161 号。因本案于 2003 年 5 月 10 日被羁押，同日被刑事拘留，同月 11 日被逮捕。

被告人韦延良（化名徐华彬），男，1981 年 5 月 13 日出生，出生地贵州省正安县，汉族；文化程度初中，无业，住贵州省正安县桴（木焉）乡马安村石堡组。因本案于 2003 年 5 月 12 日被羁押，同日被刑事拘留，同月 15 日被逮捕。

被告人何家红（又名何加洪），男，1974 年 3 月 15 日出生，出生地四川省古蔺县，汉族，文化程度小学，住四川省古蔺县双沙镇寨坪村 2 社 26 号。1997 年 6 月 26 日因抢劫被广州市劳动教养管理委员会送劳动教养二年，1999 年 1 月 18 日解除劳动教养。因本案于 2003 年 5 月 2 日被羁押，次日被刑事拘留，同月 9 日被逮捕。

被告人李文星，男，1985 年 6 月 12 日出生，出生地河南省许昌县，汉族，文化程度初中，住河南省许昌县榆林乡司庄村四组。2003 年 1 月 17 日因犯抢夺罪被广州铁路运输法院判处拘役 5 个月，2003 年 2 月 22 日刑满释放。因本案于 2003 年 4 月 30 日被羁押，同日被刑事拘留，同年 5 月 9 日被逮捕。

法定代理人李朝献，男，1964 年 5 月 10 日出生，汉族，住址同上，暂住新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市石油新村地窝堡乡丰田村一队。系被告人李文星的父亲。

指定辩护人张伟强，广东正大联合律师事务所律师；黄启英，广东省法律援助处律师。

被告人乔志军，男，1979 年 2 月 28 日出生，出生地山西省离石市，汉族，文化程度中专，原系广州市收容人员救治站护工，住山西省离石市永宁中路 34

号。因本案于2003年5月2日被羁押，次日被刑事拘留，同月9日被逮捕。

辩护人张智，广东华之杰律师事务所律师；陈郸，广东卓志律师事务所律师。

被告人胡金艳，女，1982年11月2日出生，出生地河南省柘城县，汉族，文化程度初中，原系广州市收容人员救治站护工，住河南省柘城县李原乡大胡村委会大胡六组50号。因本案于2003年5月2日被羁押，次日被刑事拘留，同月9日被逮捕。

辩护人刘铭盛、曲行梅，广东永信联合律师事务所律师。

上述被告人现均羁押于广州市第一看守所。

广东省广州市人民检察院以穗检公一诉［2003］147号起诉书指控被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、李文星、韦延良、何家红、乔志军、胡金艳犯故意伤害罪，于2003年5月23日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，经本院院长批准，公开开庭审理了本案。广东省广州市人民检察院指派检察员陈晓明、冯磊出庭支持公诉，上述被告人、法定代理人及辩护人均到庭参加诉讼。现已审理终结。

公诉机关指控：2003年3月18日晚10时许，被害人孙志刚被收容后因自报有心脏病被送至广州市收容人员救治站201室治疗；3月19日晚，被害人孙志刚因向其他收容救治人员的亲属喊叫求助，招致被告人乔燕琴的忌恨，被告人乔燕琴遂与被告人乔志军商量，决定将被害人孙志刚调至该站206室，让室内的收容救治人员对其进行殴打，之后被告人乔燕琴到206室窗边向室内的被告人李海婴等人直接授意。

至翌日0时30分左右，被告人乔燕琴再次向被告人乔志军及接班的被告人吕二鹏、胡金艳提出将被害人孙志刚从201室调至206室殴打，并得到被告人乔志军、吕二鹏、胡金艳的认同。随后，被告人乔燕琴、乔志军、吕二鹏、胡金艳共同将被害人孙志刚从201室调至206室，被告人乔燕琴、吕二鹏又分别向室内的被告人李海婴等人授意对被害人孙志刚进行殴打。当日1时许，206室的收容救治人员被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、李龙生、李文星、韦延良等人以拳打、肘击、脚踩、脚跟砸等方法对被害人孙志刚的背部等处进行殴打，被告人何家红则在旁望风。被告人胡金艳发现后进行了口头制止。但被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君等人在被告人乔燕琴的唆使下，不顾被害人孙志刚跪地求饶，继续用肘击、膝顶、跳到背上跺等方法反复殴打，被告人何家红亦对其拳打脚踢。当值护士曾伟林（另案处理）发现后遂与被告人胡金艳将被害人孙志刚调至205室，后被害人孙志刚向被告人吕二鹏反映情况，被告人吕二鹏使用

塑胶警棍向其胸腹部连捅数下。当天上午 10 时许，被害人孙志刚被发现伤重后经抢救无效死亡。

为证实指控的事实，公诉机关在庭审中出示了证人孙某国、许某城等 29 人的证言、现场勘查材料、法医鉴定结论、缴获的作案工具、有关书证等证据。公诉机关据此认为，被告人乔燕琴、李海婴、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、李文星、韦延良、何家红、乔志军、胡金艳故意伤害他人身体，其行为共同触犯了《中华人民共和国刑法》第 234 条第 2 款的规定，均已构成故意伤害罪。其中被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏在共同犯罪中起主要作用，是主犯；被告人李龙生、李文星、韦延良、何家红、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起次要或辅助作用，是从犯。提请本院依法惩处。

被告人乔燕琴辩称：1. 自己并无忌恨被害人孙志刚。2. 没有跟乔志军商量调被害人去 206 室让人殴打。3. 没有直接授意 206 室的人殴打被害人。

被告人乔燕琴的指定辩护人提出的辩护意见是：（1）从本案的证据材料看，没有充分证据证明被害人死亡是完全由 206 室的各被告人造成。本案的法医鉴定没有确定被害人死亡的时间，仅有与本案有利害关系的几个医生、护士的证言，而被害人被打后离开 206 室至其死亡还有很长一段时间，这个过程是否有其他原因导致被害人的死亡，没有进行查证，法医鉴定结论也不能充分证明孙志刚的死亡与被告人的殴打存在必然联系，因此本案可认定各被告人构成故意伤害罪，——但不能认定系“伤害致死”。（2）被告人乔燕琴对情绪显示出跟精神病患者有相似之处的被害人孙志刚，本意并不是伤害他，而是制止被害人不要吵闹，使其安静，且调房不是乔燕琴决定的，是护士决定的。乔燕琴的行为并不属于残忍行为。（3）乔燕琴，归案后，认罪态度较好。（4）本案不是集团犯罪，各个被告人应当承担各自的责任，不能将乔燕琴作为组织犯罪的主犯。

被告人李海婴对起诉指控的事实没有异议。

被告人李海婴的指定辩护人提出的辩护意见是：（1）被告人李海婴是胁从犯，不是主犯，依法应当减轻处罚。（2）被害人孙志刚在进入 206 室之前、之后均被殴打过，现有证据不能证实孙志刚的死亡是由 206 室的被告人殴打所致。

被告人钟辽国对起诉指控的事实没有异议。

被告人钟辽国的指定辩护人提出的辩护意见是：（1）被告人钟辽国不是犯意的提起者，且受同案人指使实施殴打行为，是从犯。（2）被告人钟辽国有检举他人犯罪的行为。建议对其从轻或减轻处罚。

被告人周利伟对起诉指控的事实没有异议。

被告人周利伟的指定辩护人提出的辩护意见是：（1）被告人周利伟是胁从

犯，依法应减轻处罚。（2）被告人周利伟提供线索抓获同案人李海婴，有重大立功表现。建议对其减轻处罚。

被告人张明君辩称：自己是在李海婴的胁迫下参与殴打被害人，不是主犯，有自首情节。

被告人张明君的指定辩护人提出的辩护意见是：（1）法医鉴定在被害人孙志刚死亡后一个多月才作出，准确性值得怀疑。（2）被害人孙志刚被殴打后8—9小时后死亡，救治站延误抢救，也是孙志刚死亡的原因之一。（3）被告人张明君是胁从犯。（4）被告人张明君检举他人犯罪，有立功情节。建议对其从轻或减轻处罚。

被告人吕二鹏辩称：其没有授意206房的人打被害人，在205房的时候他也只是用塑胶警棍隔着门捅了被害人的腹部，没有捅胸部。

被告人吕二鹏的指定辩护人提出的辩护意见是：（1）起诉认定乔燕琴再次向吕二鹏等提出伤害犯意没有证据，乔只是对吕说了一次。也没有证据显示被告人吕二鹏对乔燕琴的提议表示认同，且同意将被害人调室与致被害人死亡之间没有必然的因果关系。（2）缺乏足够的证据认定吕二鹏单独向李海婴等人授意打人的事实。各个被告人对该事实的描述不一致，互相之间并不印证。（3）起诉认定被告人吕二鹏是主犯的证据不足。被告人吕二鹏在案发前没有伤害被害人孙志刚的直接故意，更没有参与殴打的具体犯罪行为。吕二鹏在205室的时候，有对被害人孙志刚用塑胶警棍捅了几下的情节，但其力度并不重，而且是对腹部进行打击，并没有直接导致被害人孙志刚的死亡。不能因为其捅了被害人几下就认定为主犯。（4）被告人吕二鹏有自首的情节。其在被强制措施采取之前，4月26日已经在江村派出所做了如实的陈述。（5）被告人吕二鹏是初犯，没有前科，有悔罪表现。

被告人李龙生辩称：自己是被迫参与殴打被害人；现有证据不能证实被害人孙志刚是被206室的人殴打致死。

被告人韦延良辩称：（1）自己是胁从犯。（2）殴打孙志刚时自己有病在身，殴打被害人的行为较轻，不会对被害人造成严重的后果。（3）有检举他人犯罪的表现。希望能从轻、减轻处罚。

被告人何家红辩称：自己是被迫参与殴打被害人，只踢了被害人两下，且认罪态度好，要求从轻处罚。

被告人李文星对起诉指控的事实没有异议。

李文星的法定代理人李朝献提出：李文星被迫、被唆使殴打被害人。

李文星的指定辩护人提出：（1）李文星被胁迫、被指使下参与殴打被害人孙

志刚，主观恶性小。(2) 没有参与第二次殴打，对被害人孙志刚的伤害较轻，是从犯。(3) 李文星犯罪时不满十八周岁，是未成年人。建议对其从轻、减轻处罚。

被告人乔志军辩称：乔燕琴没有与他商量将孙志刚调到206室殴打。

被告人乔志军的辩护人提出的辩护意见是：(1) 起诉书指控乔燕琴和被告人乔志军商量将被害人调至206室殴打，得到被告人乔志军的认同的证据不充分。(2) 被告人乔志军在本案中的行为只是协助乔燕琴打开201室的房门调出孙志刚，在整个案件里面，其只起到协助、帮助的作为，是一个帮助犯，不是实行犯。(3) 被告人乔志军无前科，在本案中主观恶性不大，具体行为的社会危害性较小，认罪态度也较好。建议法庭考虑罪刑相适应的原则，对其进行减轻处罚。

被告人胡金艳辩称：(1) 起诉书指控自己认同乔燕琴调房殴打孙志刚与事实不符，事实上自己没有认同。(2) 是自己先发现206室的人在殴打孙志刚，才告诉曾伟林，要求曾伟林调房后自己上楼制止。(3) 自己不构成犯罪。

被告人胡金艳的辩护人提出的辩护意见是：(1) 对被告人胡金艳的指控证据不充分，起诉认定乔燕琴提议殴打孙志刚得到胡金艳认同的说法没有事实依据，从事实上看，被告人胡金艳没有伤害的主观故意，也没有明显的过失。(2) 胡金艳的行为最多只能认定为有轻微的过失，依法可以免除处罚。

经审理查明：2003年3月17日晚10时许，被害人孙志刚因未携带任何证件外出，被执行清查任务的广州市天河区公安分局黄村街派出所民警收容送至广州市收容遣送中转站。3月18日晚10时许，因被害人孙志刚自报有心脏病，广州市收容遣送中转站将孙转送至广州市收容人员救治站治疗，收治在救治站一区201室。3月19日晚，因被害人孙志刚向到救治站认领向收容救治人员罗某海的亲属大声喊叫求助，引起该救治站护工被告人乔燕琴的不满，被告人乔燕琴遂与同班护工被告人乔志军商量将孙调至一区206室，让206室内的被收容救治人员教训孙志刚。之后，被告人乔燕琴到206室窗边直接授意206室内的被告人李海婴等人殴打被害人孙志刚。

翌日凌晨0时30分许，当被告人乔燕琴、乔志军与护被告人吕二鹏、胡金艳交接班时，被告人乔燕琴再次向被告人乔志军以及被告人吕二鹏、胡金艳提出将被害人孙志刚调至206室，让该室的人殴打孙志刚，得到被告人乔志军、吕二鹏、胡金艳的认同。随后，被告人乔燕琴、吕二鹏又分别到206室授意李海婴等人殴打孙志刚，接着乔燕琴、乔志军、吕二鹏、胡金艳四人共同将被害人孙志刚从201室调至206室，然后四人回一楼监控室。当天凌晨1时许，206室的被告人李海婴首先上前殴打被害人孙志刚，接着被告人李文星、周利伟、钟辽国、

李龙生、张明君、韦延良也上前以拳打、肘击、脚踩、脚跟砸的方式对孙志刚的背部等部位进行殴打。其中被告人李海婴采取了拳打脚踢、肘击、膝盖撞击背部的方式殴打孙志刚，还将孙按倒在地，让同案人殴打；被告人钟辽国采取左、右肘击、将孙志刚推至墙边站立用膝盖撞击等方式殴打孙志刚；被告人周利伟长时间持续殴打孙志刚；被告人何家红则在旁边望风。被害人孙志刚被打几分钟后，被告人胡金艳去到206室门口进行了口头制止。约10分钟后，被害人孙志刚向206室内的众被告人下跪求饶，但被告人李海婴又首先冲上前殴打孙志刚，接着被告人钟辽国、周利伟、张明君、李文星、何家红也上前殴打孙志刚。其中被告人李海婴以肘击，被告人钟辽国、周利伟以肘击、脚踩，被告人张明君以跳上背部踩、脚踢，被告人何家红以拳打脚踢的方式反复殴打孙志刚。当值班护士曾伟林、被告人胡金艳发现孙志刚再次被殴打后，去到206室制止并将孙志刚调至205室。当天凌晨2时许，被害人孙志刚向被告人吕二鹏反映情况，被告人吕二鹏持塑胶警棍隔着205室的门对孙的胸腹部连捅数下。当天上午10时许，被害人孙志刚被发现昏迷不醒，后被送至该站医疗室进行抢救，经抢救无效死亡（经法医鉴定，被害人孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡）。

上述事实，有下列公诉机关当庭举证并经质证，本院予以确认的证据证实：

一、物证：广州市公安局白云区分局从广州市收容人员救治站扣押的塑胶警棍（照片），经被告人吕二鹏辨认，供认照片中的1号警棍是其殴打被害人孙志刚的作案工具。

二、书证：

1. 广州市天河区黄村街派出所2003年3月17日晚对孙志刚所作的询问笔录，证实被害人孙志刚于2003年3月17日晚因无携带证件被该所收容接受问话。

2. 《广州市收容遣送中转站病员情况通知》：证实2003年3月18日该站医务科医生殷孝玲签发孙志刚因“心动过速待查”而决定送治疗的通知。

3. 《广州市收容遣送中转站被收容人员转院病情介绍》：证实殷孝玲签发的孙志刚2003年3月18日转院病情是孙志刚自诉原有心脏病，转院时是头痛、心慌，经检查“脉搏有力，但快而速”。

4. 从广州市收容人员救治站（下称“救治站”）《接收“三无”病人名单表》、《被收容人员登记表》、《盲流病人收容表》、《广州市“三无”人员住院病历》各一份，证实孙志刚于2003年3月18日由广州市收容遣送中转站送至收容人员救治站，由救治站医生梅尚英负责检查，因孙自称有心脏病史，在被收容期

间感到非常紧张等，初步诊断孙志刚有焦虑症及怀疑有心脏病而收治于救治站。

5. 救治站提取的《孙志刚病情记录单》、《护理记录》、《长期医嘱单》、《临时医嘱单》、《体温表》，《死亡殡葬证》各一份。证实孙志刚于 2003 年 3 月 20 日 10 时 15 分被发现情况危急，经当班医生任浩强，护士贾春秋实施抢救无效，于当日 10 时 25 分死亡。

6. 救治站提供的《情况说明》，证实救治站 2003 年 3 月 19 日 16 时 30 分至 20 日 0 时 30 分的当班护士是黄秀红、黄桂平，当班护工是乔燕琴、乔志军；20 日 0 时 30 分到 8 时 30 分的当班护士是曾伟林、邹丽萍，当班护工是吕二鹏、胡金艳。

7. 广州市公安局治安管理支队出具的《有关收容人员情况表》，证实被告人李龙生、何家红、李文星、张明君、钟辽国、韦延良、李海婴、周利伟被收容后因病在上述案发时间均在广州市收容人员救治站接受治疗。

8. 救治站主管单位提供的与被告人乔燕琴、吕二鹏、乔志军、胡金艳订立的劳动合同及被告人乔燕琴、吕二鹏、乔志军、胡金艳的护工履历，证实四人在上述案发时间均是救治站护工。

9. 救治站提供的《孙志刚在救治站的调房情况》证实孙志刚 2003 年 3 月 18 日晚 22 时 10 分送入救治站，安排在一区 201 室，3 月 19 日从 201 室调至 206 室。约 45 分钟后又调至 205 室。3 月 20 日发现孙病情危急，从 205 室调至治疗室抢救。

10. 救治站提取的《调仓登记簿》，证实孙志刚 3 月 18 日至 20 日调房的情况。

11. 救治站提供的证明两份，分别证实该站收治人员病房的设置情况及对收治人员调房的管理情况。

12. 武汉纺织工业大学（武汉科技学院）提供的《学生集体常住人口登记表》（复印件）、《学生入学通知书》、湖北省黄冈市公安局陶店派出所提供的《常住人口登记表》、《户口迁移证存根》及湖北省黄冈市陶店乡幸福村委会证明，证实被害人孙志刚原住黄冈市陶店乡幸福村，1997 年被武汉纺织工业大学录取。

13. 广州市公安局白云区分局扣押物品清单，证实 2003 年 5 月 15 日从救治站扣押塑胶警棍两根、塑胶电警棍一根。

14. 广州市公安局及广州市公安局白云区分局出具的证明材料证实本案各被告人检举的有关他人的犯罪线索不能查实。并出具说明材料证实抓获被告人李海婴与周利伟提供的线索无关。

三、证人证言

1. 证人许炎城［广州市收容遣送中转站（下称“中转站”）员工］证言，证

实 2003 年 3 月 18 日，该站卫生员称被送到该站的孙志刚需要看病，其叫李明带孙去做检查。

2. 证人李明（中转站员工）证言及辨认笔录，证实 2003 年 3 月 18 日孙志刚（李经辨认照片确认）从广州市公安局天河区分局送到该站，孙神态平静，自称有心脏病。其带孙到医务科检查，殷孝玲医生检查后开了一张建议条，大概内容是：孙志刚心跳过快，建议送救治站。其经请示副总值班王昆后与方美德一起将孙送到江村住院部。

3. 证人殷孝玲（中转站医生）证言及辨认笔录，证实 2003 年 3 月 18 日 20 时许，孙志刚（殷经辨认照片确认）在医务科检查时自称有心脏病，并强烈要求住院。经其检查，孙的身体较正常，只是心跳有点快。自己开了一张把孙志刚送救治站治疗的“处理意见”后，李明就将孙带走了。

4. 证人王昆（中转站二队副队长）证言，证实孙志刚是 2003 年 3 月 18 日上午 10 时许送到中转站的。当晚 7 时许，殷孝玲医生向其反映孙志刚自称有心脏病。后殷作出将孙志刚送救治站做进一步诊疗的决定，其同意了殷孝玲的处理意见。

5. 证人方美德（中转站司机）证言，证实 2003 年 3 月 18 日晚上 10 时 25 分，自己与李明一起将孙志刚送到救治站。孙志刚当时的精神状况很好。

6. 证人余小雄（中转站员工）证言，证实 2003 年 3 月 18 日，收容后被送至该站的孙志刚提出自己有心脏病。

7. 证人江艳嫦、巫利琼（均是救治站护士）的证言，均证实 2003 年 3 月 18 日晚上，孙志刚从中转站被送进救治站，安排在一区的 201 室。

8. 证人梅尚英（救治站医生）的证言及辨认笔录，证实 2003 年 3 月 18 日晚上 10 时许，从中转站转到救治站的孙志刚（梅经辨认照片确认）体检时，身体正常。但孙自述非常紧张、失眠、心慌、尿频、想呕吐，并多次要求出院。其诊断孙患有焦虑症，后给孙服用两片安定药片，将孙安排在 201 室。

9. 证人黄秀红（救治站护士）的证言，证实 2003 年 3 月 19 日 0 时 30 分至 8 时 30 分值班期间，孙志刚的情况正常。

10. 证人邵一明、江兆坤的证言，均证实 2003 年 3 月 19 日晚在救治站帮被收容在该站救治的罗某海办理出院手续时，该站一名自称是武汉某大学毕业生的人向他们喊叫、求助。

11. 证人曾伟林（救治站护士）的证言及辨认笔录，证实交接班护工乔燕琴、乔志军、吕二鹏、胡金艳四人（曾伟林经辨认照片确认）于 2003 年 3 月 20 日凌晨 0 时 30 分左右把孙志刚（曾伟林经辨认照片确认）从救治站 201 室调到

206 室，当时乔燕琴称是因为孙志刚很吵闹，不听劝告。约零时 45 分，自己与邹丽萍、乔志军、乔燕琴、吕二鹏、胡金艳 6 人发现孙志刚被同房的人殴打，胡金艳过了一会儿就自己上二楼制止。在发现孙志刚第二次被殴打后，其与胡金艳、吕二鹏上楼制止。自己将孙志刚调到 205 室。曾伟林另经辨认照片，指认被告人周利伟、张明君、李海婴、钟辽国、李文星、何家红、李龙生、韦延良当时收治在 206 室。被告人周利伟、张明君、李海婴、钟辽国参与殴打孙志刚。

12. 证人邹丽萍（救治站护士）的证言及辨认笔录，证实自己 3 月 20 日零时 30 分接班，同时值班的有护士曾伟林及护工吕二鹏、胡金艳。邹并证实上一班的护工乔志军、乔燕琴约在 1 时 30 分离开值班室。

13. 证人江剑辉（救治站护士）的证言及辨认笔录，证实 2003 年 3 月 20 日早上 9 时 50 分，自己发现收治在 205 房的孙志刚（江经辨认照片确认）趴在床上不动，面色苍白、呼吸急促，双手指甲发紫，脉搏微弱，身体没有什么明显伤痕。自己叫人把孙志刚抬到治疗室抢救。后彭红军医生给孙志刚做胸压，但孙没有反应。上午 10 时 25 分，蔡广惠医生说孙志刚死了，是猝死。江剑辉另经辨认照片，指认被告。被告人吕二鹏、乔志军、胡金艳、乔燕琴是救治站的护工；被告人李龙生当时是收押在 206 室的人。

14. 证人雷春秋（救治站护士）的证言及辨认笔录，证实 3 月 20 日上午 9 时许，江剑辉发现孙志刚病重需要抢救。自己与江剑辉及任浩强医生对孙志刚进行抢救，给孙志刚测血压、吸氧、打针等。半小时后，孙经抢救无效死亡。雷春秋经辨认照片，指认出被告人乔燕琴、吕二鹏、乔志军、胡金艳是救治站的护工。

15. 证人任浩强（救治站医生）的证言及辨认笔录，证实 2003 年 3 月 20 日早上 10 时 10 分左右，自己给孙志刚抢救时，发现孙心音低、呼吸微弱，血压测不到，10 分钟左右，孙就停止呼吸了。自己认为孙的死因是“猝死”。在抢救时，发现孙志刚外露的手掌、脚部有多处皮损，手指因为缺氧已全部发黑。任浩强经辨认照片，指认被告人乔燕琴、乔志军、胡金艳是救治站的护工，被告人李龙生是当时救治站收治的病人。

16. 证人俞欢维（救治站护士）的证言，证实 2003 年 3 月 20 日早上 10 时许，孙志刚被抬到救治站治疗室，接着有人给孙打针、吸氧。自己在抢救室帮孙志刚做约束性的检查，后听说孙已死亡。

17. 证人彭红军（救治站一区区长）的证言，证实 2003 年 3 月 19 日查房时，梅尚英医生说怀疑从中转站转来的孙志刚有焦虑症。3 月 20 日早上抢救孙志刚时，自己和任浩强医生在场，曾给孙补氧、升压、输常规抢救液体，当时发现孙的脚趾有轻度的擦伤，其他未见异常。孙志刚是当天 10 时 25 分左右死亡的，因

死因不明，自己让任浩强医生写结论是“猝死”。

18. 证人罗莹（救治站护士）的证言，证实3月20日得知救治站被收治人员孙志刚死亡的消息。

19. 蔡广惠（救治站医生）的证言，证实2003年3月份的一天，江剑辉告知有个病人快要死了。自己看到病人是由任浩强医生负责的，就让江剑辉叫任浩强医生治疗。

20. 证人许永新（救治站护士长）的证言，证实孙志刚于2003年3月20日上午10时25分在救治站死亡。

21. 证人刘燕龙、何多胜、陶驷健（均系救治站护工）、阮冬青（救治站护士）的证言，均证实听说孙志刚在救治站死亡的情况。

22. 证人魏国英（救治站护士长）的证言，证实公安人员在案发后从救治站提取该站护工所用的塑胶警棍两根的情况。

23. 证人孙志国、朱智姣（被害人孙志刚的亲属）的证言及辨认笔录，证实孙志刚在2003年3月17日晚在广州市被收容后于同月20日死于救治站。两人经辨认被害人照片，辨认系孙志刚。

四、鉴定结论。广州市公安局（2003）穗公刑法字41号刑事科学技术法医学鉴定书，证实被害人孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡。

五、现场勘查笔录及照片、现场复勘示意图，证实案发地点位于本市白云区江高镇广州市收容人员救治站一区，中心现场位于该区206室。现场照片经各被告人辨认无误。

六、各被告人供认了上述认定的犯罪事实。部分被告人虽对其部分犯罪情节翻供，但其在公安机关所作供述与上述证据可相互印证，也与其他被告人的供述吻合一致。

关于各被告人辩解及辩护人的辩护意见，经查：

被告人乔燕琴、乔志军、胡金艳在公安机关审讯阶段均供认了起诉书指控的乔燕琴因不满孙志刚吵闹，首先纠合乔志军密谋伤害孙志刚，在把孙志刚调房前乔燕琴又向被告人吕二鹏、乔志军、胡金艳提议将孙志刚调到206室由房内的人殴打孙志刚的事实，被告人吕二鹏对该指控事实也作了供认，四被告人所供述的情节吻合一致，因此指控四被告人密谋伤害孙志刚的证据是充分的。被告人胡金艳虽无同意的明确言语表示，但其对乔燕琴的提议不但没有反对，反而在明知将孙志刚调房是要对孙志刚进行殴打的情况下仍共同与被告人乔燕琴、吕二鹏、乔志军将孙调进206室，其共同伤害孙志刚的主观犯意是清楚的，因此被告人乔燕

琴、乔志军、胡金艳否认密谋伤害被害人孙志刚的理由不足，据此也可认定乔燕琴确对被害人孙志刚不满，故被告人乔燕琴辩解其无对孙志刚忌恨与事实不符。有关辩护人认为乔燕琴、吕二鹏、乔志军、胡金艳没有伤害孙志刚的主观故意的辩护意见也不能成立。

被害人孙志刚虽然是在被各被告人伤害后经过一段时间才抢救无效死亡，但现有证据显示在该时间段内被害人孙志刚并无再受任何其他暴力打击，也没有证据证实被害人孙志刚在进 206 室之前或离开 206 室之后曾被殴打致背部受伤，也没有证据能够证实被害人系延误抢救导致死亡，因此认定孙志刚的死亡结果是 206 室内的各被告人造成的依据是充分的。有关辩护人认为被告人的行为与被害人死亡不排除其他原因造成、被害人孙志刚是因延误抢救导致死亡、本案性质不属“伤害致死”的辩护意见不能成立。

被告人乔燕琴、吕二鹏、乔志军在法庭上均对参与伤害被害人孙志刚的主要犯罪事实作了否认，因此被告人乔燕琴、吕二鹏、乔志军及其辩护人关于三被告人认罪态度较好的意见不能成立。

在本案中，被告人乔燕琴提起犯意，纠合被告人吕二鹏、乔志军、胡金艳密谋伤害被害人孙志刚，指使被告人李海婴等人殴打被害人，起策划、组织作用，应对被害人孙志刚的死亡后果负全部责任，是共同伤害犯罪的主犯，因此被告人乔燕琴的辩护人认为被告人乔燕琴不是本案主犯的意见不能成立。

关于被告人李龙生、韦延良、何家红提出自己被胁迫参与殴打被害人的辩解意见，被告人李文星的法定代理人及有关辩护人提出李海婴、周利伟、张明君、李文星是胁从犯的辩护意见。经查，被告人乔燕琴、吕二鹏虽然有指使李海婴等被告人伤害被害人孙志刚的行为，但各被告人以此认为系被告人乔燕琴、吕二鹏胁迫没有证据，本案也没有证据能证实被告人李海婴有强迫、威胁其他被告人殴打被害人孙志刚的行为，故上述被告人及其辩护人所提意见据理不足，不予采纳。

关于被告人钟辽国、周利伟、张明君、韦延良及辩护人提出四被告人有检举他人犯罪，构成立功的辩解、辩护意见。经查，广州市公安局预审监管支队、广州市公安局白云区分局出具的证明材料，证实并非根据被告人周利伟提供的线索抓获被告人李海婴；被告人张明君、钟辽国、韦延良检举他人犯罪的线索均无法查证属实。故上述四被告人均不构成立功。关于被告人张明君提出自己有自首情节的辩解。经查，广州市公安局白云区分局出具的证明材料，证实被告人张明君没有自动投案的情节。故被告人张明君该辩解不能成立。

关于被告人钟辽国、周利伟、张明君的辩护人提出上述三名被告人是从犯的

意见。经查，上述三名被告人在同案人的指使下，积极参与殴打被害人孙志刚，殴打的时间长，动作凶狠，在共同犯罪中起主要、积极作用，是本案的主犯，故该辩护意见不能成立。

被告人吕二鹏授意李海婴等被告人伤害孙志刚的事实，有钟辽国、周利伟等被告人证实，其本人在公安机关审讯阶段也供认不讳，因此辩护人辩称本案缺乏足够的证据认定吕二鹏单独向李海婴等人授意打人的事实的意见不能成立。被告人吕二鹏参与密谋将被害人孙志刚调房，并授意同案人殴打被害人，在明知被害人被殴打的情况下，还持塑胶警棍对向其反映情况的被害人猛捅多下，情节恶劣，其在本案中也起积极作用，是主犯；而被告人吕二鹏在被公安机关采取强制措施前，公安机关就被害人孙志刚被伤害事实对其问话时，并无如实供认其本人参与伤害孙志刚的犯罪事实，甚至无供认其所知道的同案被告人的犯罪事实，不能认定为自首。因此辩护人认为被告人吕二鹏不是主犯、有自首情节的意见不能成立。但被告人吕二鹏辩称在205室他只是用塑胶警棍隔着门捅了被害人的腹部的辩解属实，辩护人辩称吕二鹏无前科、是初犯的意见也属实，本院予以采纳。另查，辩护人所提被告人乔燕琴并无两次与吕二鹏密谋伤害孙志刚属实，这与起诉指控并不矛盾。

关于被告人李文星的辩护人提出被告人李文星是从犯，作案时未满十八周岁，依法可从轻或减轻处罚的意见；被告人韦延良、何家红提出自己殴打被害人的行为较轻的辩解，经查属实，本院予以采纳。

关于被告人胡金艳的辩解及其辩护人的意见。经查，被告人胡金艳清楚知道206室的人会殴打孙志刚，而仍在孙被殴打几分钟后才上楼制止；故其对206室的人殴打孙志刚是事前明知，并非无意发现后即行制止。因此，辩解其发现206室的人殴打孙志刚即行制止与事实不符。被告人胡金艳在本案中确起辅助作用，是从犯，且其确有制止殴打孙志刚的情节，故对其可以减轻处罚，但辩护人要求对胡金艳免除处罚的意见本院不予采纳。

本院认为，被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳无视国法，共同故意伤害他人身体，并致一人死亡，其行为均已构成故意伤害罪，应依法惩处。公诉机关指控被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳故意伤害的基本事实清楚，证据充分，罪名成立。在本案中，被告人乔燕琴提起犯意，纠合被告人吕二鹏、乔志军、胡金艳密谋伤害被害人孙志刚，指使李海婴等被告人殴打被害人，起策划、组织作用；被告人李海婴在两次殴打被害人孙志刚过程中，均首先动手，且对被害人采取了拳

打脚踢、肘击、膝盖撞击背部等殴打方式，殴打时间长；被告人钟辽国采取左、右肘击、将被害人孙志刚推至墙边站立用膝盖撞击等方式殴打被害人；被告人张明君以跳上背部跺、脚踢方式殴打被害人孙志刚；被告人周利伟长时间持续殴打被害人孙志刚；被告人吕二鹏参与密谋将被害人孙志刚调室，并授意同案人殴打被害人，在明知被害人被殴打的情况下，还持塑胶警棍对向其反映情况的被害人猛捅多下。上述六被告人在共同犯罪中起组织、策划或主要、积极作用，是本案的主犯，对提起犯意、指使、纠合其他被告人实施伤害行为的被告人乔燕琴应予从严惩处；对被告人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏应当按照其所参与的全部犯罪处罚。被告人李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起辅助、次要作用，是从犯，且被告人李文星在犯罪时未满十八周岁，依法应从轻或减轻处罚，根据上述被告人的犯罪情节、作用，对被告人李龙生、韦延良从轻处罚，对被告人何家红、李文星、乔志军、胡金艳减轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第 234 条第 2 款、第 48 条第 1 款、第 57 条第 1 款、第 56 条第 1 款、第 10，7 条第 3 款、第 25 条、第 26 条、第 27 条的规定，判决如下：

一、被告人乔燕琴犯故意伤害罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。

二、被告人李海婴犯故意伤害罪，判处死刑，缓期 2 年执行，剥夺政治权利终身。

三、被告人钟辽国犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

四、被告人周利伟犯故意伤害罪，判处有期徒刑 15 年（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，折抵计算后刑期即为从被羁押之日起至 2018 年 5 月 2 日止），剥夺政治权利五年。

五、被告人张明君犯故意伤害罪，判处有期徒刑 15 年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至 2018 年 5 月 8 日止），剥夺政治权利 5 年。

六、被告人吕二鹏犯故意伤害罪，判处有期徒刑 15 年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至 2018 年 5 月 1 日止），剥夺政治权利 5 年。

七、被告人李龙生犯故意伤害罪，判处有期徒刑 12 年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至 2015 年 5 月 9 日止），剥夺政治权利 4 年。

八、被告人韦延良犯故意伤害罪，判处有期徒刑 10 年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至 2013 年 5 月 11 日止），剥夺政治权利 3 年。

九、被告人何家红犯故意伤害罪，判处有期徒刑 9 年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至 2012 年 5 月 1 日止）。

十、被告人李文星犯故意伤害罪，判处有期徒刑 8 年（刑期经依法折抵计算

后即为从被羁押之日起至2011年4月29日止）。

十一、被告人乔志军犯故意伤害罪，判处有期徒刑4年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至2007年5月1日止）。

十二、被告人胡金艳犯故意伤害罪，判处有期徒刑3年（刑期经依法折抵计算后即为从被羁押之日起至2006年5月1日止）。

审判长：×××
审判员：×××
代理审判员：×××
2003年6月9日

附录二：

广东省高级人民法院刑事裁定书

（2003）粤高法刑一终字第 387 号

公诉机关：广东省广州市人民检察院

上诉人（原审被告人）乔燕琴，又名乔艳清，男，1982 年 3 月 10 日生于山西省离石市，汉族，初中文化，户籍地离石市吴城镇陈家塔村。捕前系广州市收容人员救治站护工。因本案于 2003 年 5 月 11 日被羁押，12 日被刑事拘留，13 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人魏大忠，北京市华城律师事务所律师。

辩护人李三新，广东正大联合律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）李海婴，又名李海英，男，1977 年 4 月 7 日生于湖南省双牌县，汉族，初中文化，户籍地双牌县塘底乡麻滩村委会 103 号。因本案于 2003 年 5 月 10 日被刑事拘留，11 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

指定辩护人梁国雄，广东易春秋律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）钟辽国，又名钟条国，化名洪权才，男，1971 年 9 月 12 日生于湖南省平江县，汉族，高中文化，户籍地平江县冬塔乡江洲村 256 号。1994 年 8 月 4 日因犯盗窃罪被判处有期徒刑 1 年 6 个月，1995 年 8 月 6 日刑满释放。2003 年 4 月 13 日因抢夺被处劳教一年。因本案于 2003 年 5 月 12 日被羁押，13 日被刑事拘留，14 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人刘杰，广东信利盛达律师事务所律师。辩护人唐庆联，广州市法律援助中心律师。

上诉人（原审被告人）周利伟，化名黄开平，男，1982 年 10 月 9 日生于湖北省麻城市，汉族，初中文化，户籍地麻城市铁门岗乡下屋周村 4 组上屋周垸 24 号。因本案于 2003 年 5 月 3 日被羁押，4 日被刑事拘留，9 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人吴雪元，广东德法理律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）张明君，男，1978 年 12 月 3 日生于四川省南部县，汉族，小学文化，户籍地南部县太华乡宋家庙村 8 组。因本案于 2003 年 5 月 9 日被刑事拘留，12 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人唐来军，广东鑫一华律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）吕二鹏，又名吕鹏、化名吕鹏鹏，男，1984 年 8 月 12 日生于山西省垣曲县，汉族，初中文化，户籍地垣曲县长直乡古垛村虎拔组。捕前系广州市收容人员救治站护工。因本案于 2003 年 5 月 2 日被羁押，3 日被刑事拘留，9 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人程滨涛，广东纵横天正律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）李龙生，男，1980 年 2 月 2 日生于江苏省铜山县，汉族，小学文化，户籍地铜山县太山乡西桃园村 4 组 161 号。因本案于 2003 年 5 月 10 日被刑事拘留，11 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

上诉人（原审被告人）韦延良，化名徐华彬，男，1981 年 5 月 13 日生于贵州省正安县，汉族，初中文化，户籍地正安县桴木焉乡马安村石堡组。因本案于 2003 年 5 月 12 日被刑事拘留，15 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

上诉人（原审被告人）何家红，又名何加洪，男，1974 年 3 月 15 日生于四川省古蔺县，汉族，小学文化，户籍地古蔺县双沙镇寨坪村 2 社 26 号。1997 年 6 月 26 日因抢劫被处劳教 2 年，1999 年 1 月 18 日解除劳教。2003 年 5 月 2 日被羁押，3 日被刑事拘留，9 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

上诉人（原审被告人）李文星，男，1985 年 6 月 12 日生于河南省许昌县，汉族，初中文化，户籍地许昌县榆林乡司庄村 4 组。2003 年 1 月 17 日因犯抢夺罪被判处拘役 5 个月，2003 年 2 月 22 日释放。因本案于 2003 年 4 月 30 日被刑事拘留，同年 5 月 9 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

指定辩护人黄启英，广东省法律援助处律师。

上诉人（原审被告人）乔志军，男，1979 年 2 月 28 日生于山西省离石市，汉族，中专文化，户籍地离石市永宁中路 34 号。捕前系广州市收容人员救治站护工。因本案于 2003 年 5 月 2 日被羁押，3 日被刑事拘留，9 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人张智，广东华之杰律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）胡金艳，女，1982 年 11 月 2 日生于河南省柘城县，汉族，初中文化，户籍地柘城县李原乡大胡村委会大胡 6 组 50 号。捕前系广州市收容人员救治站护工。因本案于 2003 年 5 月 2 日被羁押，3 日被刑事拘留，9 日被逮捕。现押于广州市第一看守所。

辩护人刘铭盛、曲行梅，广东永信联合律师事务所律师。

广东省广州市中级人民法院审理广东省广州市人民检察院指控被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、韦延良、李龙生、何家红、李文星、乔志军、胡金艳犯故意伤害罪一案，于2003年6月9日作出（2003）穗中法刑一初字第134号刑事判决。被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳均不服，提出上诉。本院受理后，依法组成合议庭进行了审理。现已审理终结。

原审判决根据经过庭审质证的证人证言、现场勘查笔录及照片、法医鉴定结论、缴获的作案工具塑胶警棍和被告人的供述等证据认定，2003年3月17日晚10时许，被害人孙志刚因未携带证件而被收容，后被转送至广州市收容人员救治站。3月19日晚，孙志刚向被收容救治人员的亲属大喊求助，引起被告人乔燕琴的不满。乔燕琴向被告人乔志军、吕二鹏、胡金艳提出将孙志刚调到206室教训。3月20日零时30分左右，乔燕琴等四人将孙志刚调到206室。乔燕琴、吕二鹏先后到206室指使被告人李海婴等人殴打孙志刚。李海婴及被告人李文星、周利伟、钟辽国、李龙生、张明君、韦延良、何家红以拳打、肘击、脚踩、脚后跟砸、膝盖撞击的方式持续殴打孙志刚背部等部位。胡金艳两次制止后，与护士曾伟林将孙志刚调到205室。当天凌晨2时许，吕二鹏持塑胶警棍对孙的腹部连捅数下。当天上午10时许，被害人孙志刚死亡。

原审判决认为被告人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳的行为均已构成故意伤害罪。乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏在共同犯罪中起主要作用，是主犯；李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起辅助、次要作用，是从犯，且李文星犯罪时不满18周岁。依照《中华人民共和国刑法》第234条第2款、第48条、第57条第1款、第56条第1款、第17条第3款、第25条、第26条、第27条之规定，以故意伤害罪判处乔燕琴死刑，剥夺政治权利终身；李海婴死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身；钟辽国无期徒刑，剥夺政治权利终身；周利伟、张明君、吕二鹏均有期徒刑15年，剥夺政治权利5年；李龙生有期徒刑12年，剥夺政治权利4年；韦延良有期徒刑10年，剥夺政治权利3年；何家红有期徒刑9年；李文星有期徒刑8年；乔志军有期徒刑4年；胡金艳有期徒刑3年。

上诉人乔燕琴上诉的理由及其辩护人的辩护意见是：（1）乔燕琴不是犯罪集团的首要分子，不应对全案的罪行负责；没有提出伤害孙志刚的犯意和纠集吕二

鹏、乔志军、胡金艳密谋伤害孙志刚；没有授意206室的人殴打孙志刚，将孙志刚调到206室是为了制止孙吵闹，而不是为了殴打孙志刚；（2）孙志刚到救治站之前可能遭受过暴力殴打，本次被打后延误抢救，死因不明，乔燕琴不应对其死亡承担责任；（3）公安机关刑讯逼供、诱供；（4）原判判处其死刑，属量刑畸重。

上诉人李海婴上诉的理由及其辩护人的辩护意见是：（1）李海婴受乔燕琴恐吓、强迫才殴打孙志刚，是胁从犯；（2）孙志刚在调入206室前曾被殴打，事后延误救治导致死亡，死因不明。

上诉人钟辽国上诉的理由及其辩护人的辩护意见是：（1）钟辽国受乔燕琴、吕二鹏、李海婴的暴力胁迫才殴打孙志刚；延误救治导致孙志刚死亡，死因不明；（2）钟辽国殴打孙志刚的时间不长、力度不大，是从犯；（3）钟辽国检举他人的犯罪行为，有立功表现；（4）原判量刑偏重。

上诉人周利伟上诉的理由及其辩护人的辩护意见是：（1）周利伟被胁迫参与殴打孙志刚，是胁从犯；没有长时间用创伤性动作殴打孙志刚，作用比乔志军、胡金艳小；（2）周利伟提供线索抓获李海婴，有重大立功表现；（3）是初犯，没有前科，应减轻处罚。

上诉人张明君上诉的理由及其辩护人的辩护意见是：（1）张明君在李海婴胁迫下才殴打孙志刚，是胁从犯；（2）孙志刚在被调到206室前后均被殴打，没有及时抢救导致死亡，死因可疑；（3）有投案自首的情节；能检举他人犯罪，有立功表现；（4）犯罪中殴打较轻，殴打次数有限，原判量刑过重。

上诉人吕二鹏上诉的理由及其辩护人的辩护意见是：（1）吕二鹏没有同意调孙志刚到206室殴打，没有授意该室的人殴打孙志刚，不是主犯；（2）在一审庭审中的辩解不应认定为认罪态度不好；（3）原判量刑过重。

上诉人李龙生上诉提出：（1）没有前科，认罪态度好；（2）被唆使殴打孙志刚；（3）殴打动作轻，作用比何家红、李文星小。

上诉人韦延良上诉提出：（1）被钟辽国逼迫才殴打孙志刚，是胁从犯；（2）原判量刑过重。

上诉人何家红上诉提出：（1）被胁迫参与殴打孙志刚；（2）在第一场殴打中没有参与殴打被害人，要求减轻处罚。

上诉人李文星上诉的理由及其辩护人的意见是：（1）李文星犯罪时不满18周岁；（2）被威胁才打人；（3）殴打孙志刚的程度最轻，作用小于乔志军、胡金艳，是从犯；（4）原判量刑过重。

上诉人乔志军上诉的理由及其辩护人的意见是：（1）乔志军没有参与密谋，

没有伤害的主观故意；（2）原判量刑过重。

上诉人胡金艳上诉的理由及其辩护人的意见是：（1）胡金艳没有密谋，没有犯罪的故意；（2）公安机关对胡金艳诱供；（3）原判量刑不当。

经审理查明，湖北青年孙志刚于2003年2月24日受聘于广州达奇服装有限公司。同年3月17日晚10时许，孙志刚因未携带身份证件，被广州市天河区公安机关作为“三无”人员收容，后被转送至广州市收容遣送中转站（下称“中转站”）。3月18日晚10时许，孙志刚自报有心脏病，被送至广州市收容人员救治站（下称“救治站”）。19日晚，被安置在该站一区201室的孙志刚向被收容救治人员罗某海的亲属喊叫求助，引起上诉人乔燕琴的不满。乔燕琴向上诉人乔志军提出将孙调至206室，让该室的被收容救治人员“教训”孙。之后，乔燕琴到206室窗边指使被收治在该室的上诉人李海婴等人殴打孙志刚。

3月20日凌晨零时30分左右，乔燕琴、乔志军与上诉人吕二鹏、胡金艳交接班时，乔燕琴再次向乔志军、吕二鹏、胡金艳提出将孙志刚调到206室让该室人员殴打，得到乔志军、吕二鹏的认同和胡金艳的默许。随后，乔燕琴、吕二鹏又分别到206室窗边指使上诉人李海婴等人殴打被害人孙志刚。之后，乔志军打开201室门，吕二鹏打开206室门，乔燕琴、乔志军、吕二鹏、胡金艳共同将孙志刚从201室调至206室。凌晨1时许，上诉人李海婴等人发起第一轮殴打，李海婴首先上前拳打脚踢、肘击、膝盖撞击被害人孙志刚，还将孙按倒在地，让同案人殴打。上诉人钟辽国用左右肘击打被害人孙志刚，并将其推到墙边站立后用膝盖撞击被害人，上诉人周利伟长时间持续殴打被害人。上诉人李文星、李龙生、张明君、韦延良也上前拳打、肘击、脚踩、脚后跟砸被害人孙志刚的背部等部位，上诉人何家红在窗边望风。殴打持续约5分钟后，被胡金艳制止。过了约10分钟后，李海婴等人又对跪地求饶的孙志刚发起第二轮殴打，李海婴再次首先上前以肘击打孙志刚，钟辽国、周利伟也肘击、脚踩孙志刚，张明君则跳起来跺、踩孙志刚的背部，李文星、何家红也对孙志刚拳打脚踢。护士曾伟林和胡金艳发现孙志刚再次被殴打，前来制止，并将孙志刚调到205室。上诉人吕二鹏在孙志刚向其反映情况时，持塑胶警棍对其胸腹部连捅数下。当天上午10时许，孙志刚被发现昏迷不醒，后被送至该救治站医疗室抢救无效死亡。案发后，广州市公安局组织有关部门进行法医尸体鉴定，结论为孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡。

认定上述事实的依据是：

（一）鉴定结论

广州市公安局（2003）穗公刑法字41号刑事科学技术法医学鉴定结论证实，孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡。

（二）现场勘查笔录及照片

广州市公安局白云区分局穗公云刑勘字〔2003〕0793号现场勘查笔录及照片证实，案发地点是广州市白云区江高镇广州市收容人员救治站一区206室。上诉人乔燕琴、李海婴等12人经辨认照片，确认是其作案现场无误。

1. 广州市公安局天河区分局黄村派出所对孙志刚的询问笔录证实，孙志刚于2003年3月17日晚被收容。

2. 救治站提供的证明及调室登记本证实孙志刚在救治站的调室情况。

3. 救治站提供的《孙志刚病情记录单》、《护理记录》等证实，孙志刚的死亡时间为2003年3月20日10时25分。

（三）物证

有缴获的作案工具塑胶警棍证实，经吕二鹏辨认照片，指认照片中的1号塑胶警棍是其用来殴打被害人孙志刚的。

（四）证人证言

1. 中转站工作人员李明、殷孝玲、王昆、方美德的证言证实，2003年3月18日，孙志刚神态平静，与正常人无异，孙身上没有被殴打的痕迹。因其自称有心脏病，心跳过快，当天被送到救治站。李明、殷孝玲经辨认多人的照片后，辨认出被害人孙志刚。

2. 救治站医生梅尚英、护士巫利琼的证言证实，2003年3月18日，孙志刚被送到救治站，孙的身体正常，身体比较虚弱，身上没有伤，诊断孙患有焦虑症，并排除有心脏病的可能，被安排在201室。梅尚英经辨认多人照片后，辨认出被害人孙志刚。

3. 救治站护士曾伟林的证言证实，2003年3月20日零时30分起与邹丽萍、吕二鹏、胡金艳值班。接班后，乔志军、乔燕琴、吕二鹏、胡金艳将孙志刚从201室调到206室，乔燕琴向其报告说是因为孙志刚很吵闹，不听劝。约零时45分，邹丽萍、乔志军、乔燕琴、吕二鹏、胡金艳发现孙志刚被殴打。过了一会胡金艳去制止。之后，胡金艳、吕二鹏、邹丽萍又发现孙志刚再次被殴打，便与胡金艳、吕二鹏前往制止。

曾伟林经辨认多人的照片后，辨认出周利伟、张明君、李海婴、钟辽国、李

文星、何家红、李龙生、韦延良是206室的被收治人员，指证周利伟、张明君、李海婴、钟辽国参与殴打孙志刚。

4. 救治站医生任浩强、彭红军和护士江剑辉、雷春秋的证言证实，2003年3月20日上午10时许，在救治站治疗室抢救孙志刚，10时25分孙志刚死亡。江剑辉、任浩强经辨认多人的照片后，辨认出李龙生是206室的被收治人员。

5. 被害人孙志刚之亲属孙志国、朱智姣辨认照片后，辨认出本案被害人是孙志刚。

（五）上诉人的供述

上诉人乔燕琴、吕二鹏、乔志军、胡金艳供述在案，上诉人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、李龙生、何家红、李文星、韦延良在庭审中对殴打被害人孙志刚的犯罪事实供认不讳，且能互相印证。李海婴、钟辽国、周利伟、李龙生、何家红、李文星指证乔燕琴指使殴打孙志刚，钟辽国、周利伟、李龙生指证吕二鹏指使殴打孙志刚。

对上诉人及辩护人针对本案事实提出的异议，审理查证情况具体如下：

上诉人乔燕琴上诉及其辩护人辩护提出没有提出犯意和纠集同案人将孙志刚调室殴打。经查，乔燕琴提出犯意，纠集吕二鹏、乔志军、胡金艳商量将孙志刚调到206室殴打的事实，有吕二鹏、乔志军、胡金艳的供述证实，其本人在公安机关审讯阶段也多次供认在案，足以认定，现否认将孙志刚调室殴打，不足采信。

上诉人乔燕琴、吕二鹏上诉及吕二鹏的辩护人辩护提出没有指使李海婴等人殴打孙志刚。经查，乔燕琴指使李海婴等人殴打孙志刚的事实有吕二鹏、乔志军、胡金艳及李海婴、钟辽国、周利伟等人的供述证实，其本人亦曾多次供认在案，足以认定；吕二鹏指使李海婴等人殴打孙志刚的事实也有钟辽国、周利伟等人的供述证实，其本人亦多次供认在案，不容否认。

上诉人乔燕琴、李海婴、钟辽国、张明君上诉及其辩护人辩护提出孙志刚到救治站之前可能遭受过暴力殴打，调到206室前后均被殴打过，延误抢救，死因不明。经查，证人殷孝玲、梅尚英的证言均可证实孙志刚进救治站时身体正常，没有被殴打的痕迹，在205室吕二鹏并没有殴打孙的背部。孙志刚被殴打后，在背部形成了厚度为3.5cm，范围60cm×50cm的皮下组织、肌层广泛出血，损伤严重，足以造成被害人死亡，故称延误救治或其他原因导致被害人死亡没有事实根据。法医鉴定结论明确指出孙志刚系因背部遭受钝性暴力反复打击，造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡，这与李海婴等人供述主要殴打孙志刚的背

部相吻合，所称死因不明的意见纯属推卸罪责。

上诉人李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、李龙生、韦延良、何家红、李文星上诉提出被胁迫殴打孙志刚。经查，乔燕琴、吕二鹏与李海婴等人虽是管理者与被管理者的关系，但李海婴在受乔燕琴的指使后，积极殴打孙志刚，在两轮殴打中，均首先动手殴打，并指挥同室的人员殴打孙志刚；钟辽国、周利伟、张明君、李龙生、韦延良、何家红、李文星在被指使后，也主动参与殴打孙志刚，现有证据明确证实李海婴等人的殴打行为并不是受胁迫而为。

上诉人钟辽国、张明君上诉提出检举他人犯罪，有立功表现。经查，公安机关出具证明证实张明君、钟辽国检举他人犯罪的线索均无法查证或经查不属实，故钟辽国、张明君的行为不构成立功。

上诉人周利伟、何家红上诉及周利伟的辩护人辩护提出提供线索协助公安机关抓获同案人。经查，公安机关出具的证明证实李海婴并非根据周利伟提供的线索抓获的，李龙生、张明君、周利伟也不是根据何家红提供的线索抓获的，故周利伟、何家红均没有立功表现。

上诉人乔燕琴、胡金艳上诉提出公安机关刑讯逼供、诱供。本院将该情况转由广州市人民检察院查证，该院出具证明证实，公安机关在审讯乔燕琴、胡金艳时没有刑讯逼供和诱供。

上诉人钟辽国上诉及其辩护人辩护提出殴打时间不长，力度不大。经查，钟辽国拳打脚踢、肘击、膝盖顶被害人，殴打时间长，手段凶残，这有李海婴、周利伟、张明君等人指证，其本人亦供认不讳，不容否认。

上诉人周利伟上诉及其辩护人辩护提出是初犯、没有前科，没有长时间用创伤性动作殴打孙志刚。经查，周利伟是初犯、没有前科属实。周利伟拳打、脚踢、肘击、膝盖顶被害人，殴打时间长，动作凶残，这有李海婴、钟辽国、张明君等多名同案人指证，其本人也曾多次供认在案，不容否认。

上诉人张明君上诉及其辩护人辩护提出有自首情节，殴打动作较轻。经查，张明君跳起来踩、跺被害人孙志刚的背部，手段凶残。张明君既没有自首的意思表示，也没有自动投案的行为，公安机关也出具证明证实张明君没有自首行为，故其行为不构成自首。

上诉人吕二鹏上诉及其辩护人辩护提出没有同意将孙志刚调室殴打。经查，吕二鹏同意将孙志刚调到 206 室殴打，并一起将孙志刚调到 206 室，这有上诉人乔燕琴、乔志军、胡金艳的供述证实，其本人亦多次供认在案，足以认定。吕二鹏在一审庭审中否认犯罪事实，认罪态度不好。

上诉人李龙生上诉提出被指使殴打孙志刚、没有前科、认罪态度好，殴打动

作较轻。经查，李龙生被指使殴打孙志刚、没有前科、认罪态度好属实。李龙生参与第一轮殴打，拳打脚踢被害人孙志刚，作用比李文星小属实，但称作用比何家红小则毫无依据。

上诉人何家红上诉提出在第一轮殴打中没有殴打孙志刚。经查，原判并没认定何家红在第一轮殴打中参与殴打孙志刚。

上诉人李文星上诉及其辩护人辩护提出犯罪时不满 18 周岁，殴打孙志刚的程度最轻。经查，李文星犯罪时不满 18 周岁、是从犯属实，原判对此已予认定。李文星参与两轮殴打孙志刚，这有多名同案人的供述证实，其本人亦供认在案，所称殴打的程度最轻及作用小于乔志军、胡金艳无理。

综上所述，各上诉人上诉及辩护人辩护否认或质疑原判认定事实的理由，均不能成立。原审判决认定事实清楚，证据确实、充分。

本院认为，上诉人乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏、李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳目无国法，故意伤害他人身体，其行为均已构成故意伤害罪。致一人死亡，情节恶劣，后果严重。乔燕琴、李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、吕二鹏在共同犯罪中起主要作用，是主犯，应当按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚；李龙生、韦延良、何家红、李文星、乔志军、胡金艳在共同犯罪中起次要或辅助作用，且李文星犯罪时不满 18 周岁，依法应从轻或减轻处罚，根据其各人在本案中的犯罪情节、作用，对李龙生、韦延良依法从轻处罚，对李文星、何家红、乔志军、胡金艳依法减轻处罚。原判并没有认定乔燕琴是犯罪集团的首要分子，但乔燕琴提出犯意，并利用护工的实际管理身份，组织并指使同案人殴打被害人，虽然没有直接实施殴打，也应承担本次犯罪的最主要责任，其所指挥的该次共同犯罪已造成一人死亡的严重后果，故罪行特别严重，原判对其判处死刑并无不当。李海婴、钟辽国、周利伟、张明君、韦延良、何家红、李文星上诉所称系被胁迫才参与殴打一节，已经查证没有事实根据，故不构成胁从犯。乔志军、胡金艳同意或默许将孙志刚调室殴打，明显与乔燕琴有伤害的犯罪合意，且协助调室，故即使没有进一步指使或直接殴打的行为，也已经构成故意伤害罪的共犯。各上诉人上诉及其辩护人辩护针对本案的定罪、量刑情节所提意见的理由均不能成立。原审判决定罪和适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。

依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第 1 项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

根据《最高人民法院关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑

案件的通知》的规定，本裁定并为核准以故意伤害罪判处上诉人乔燕琴死刑，剥夺政治权利终身的刑事裁定。

审判长：罗少雄
审判员：洪嘉忠
代理审判员：林铠芳
2003年6月26日

本件与原本核对无异

书记员：钟茂盛
曾银苑

[General Information]
书名=中国疑难刑事名案法理研究　第一卷
作者=赵秉志主编
页数=424
SS号=11964592
出版日期=2008
出版社=北京市：北京大学出版社
DX号=000006324943
URL=http://book.szdnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=000006324943&d=E60EFF630A0329A32E10D0B9580EE33B